الحقوق المجرّدة في الفقه المالي الإسلامي

إعداد

سامي حبيلي

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المشرف

الدكتور عارف خليل أبو عيد

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

أيار، ٢٠٠٥

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة: "**الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي**".

وأجيزت بتاريخ: ١٢-٠٥-٢٠٠٥م.

أعضاء لجنة المناقشة:		**التوقيـــــع**
الدكتور: عارف خليل أبو عيد	مشرفاً ورئيساً	....
الأستاذ المشارك بالجامعة الأردنية -الفقه المقارن-		
الدكتور: محمود صالح جابر	عضواً	....
الأستاذ المشارك بالجامعة الأردنية -أصول الفقه-		
الدكتور: هايل عبد الحفيظ داود	عضواً	....
الأستاذ المساعد بالجامعة الأردنية -الفقه وأصوله-		
الدكتور: أحمد ياسين القرالة	عضوا	....
الأستاذ المساعد بجامعة آل البيت -الفقه وأصوله-		
ورئيس قسم الفقه وأصوله بجامعة آل البيت		

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الشكر والتقدير

إنه لمن دواعي السرور والامتنان أن أتقدم في افتتاح هذه الرسالة بالشكر والتقدير إلى كل من أمدني بعونه ومساعدته في إنجازها حتى آلت إلى ما هي عليه. . . وأخص بمزيد من ذلك فضيلة الأستاذ الدكتور: عارف خليل أبو عيد على تفضله بقبول الإشراف عليها أولا، وعلى ما نفعني به من علم وتوجيه كانا عاصمين من الزلل والخطل، فأسأل الله العلي القدير أن يجعل ذلك في ميزان حسناته ويرفع يوم القيامة من درجاته، وأن يحشره مع الحبيب المصطفى ﷺ .

كما أرفع شكري وامتناني للأساتذة المناقشين على تكرمهم بقبول مناقشة الرسالة، وإبدائهم لما عرض لهم من ملاحظات، تزيد من قيمة البحث، فأسأل المولى الكريم أن ينفعنا بهم.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المحتويات

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي

إعداد

سامي حبيلي

المشرف

الدكتور عارف خليل أبو عيد

ملخّص

تناولت هذه الدراسة الحقوق المجردة في فقه المعاملات المالية الإسلامية، وكان الغرض منها تحديد مفهوم الحق المجرد ومتعلقاته وبيان مشمولاته؛ وذلك قصد دراسة ما يتعلق بهذه الحقوق من أحكام الإسقاط والتمليك والإرث، وقد اشتملت الدراسة على كل ذلك مبينا في موضعه من الرسالة.

كما تناول البحثُ مسألة مالية الحق المجرد، ذلك أن إثبات وصف المالية للشيء أو رفعه عنه له أثره في مسألة المعاوضة عنه عند كل من الحنفية والشافعية والحنابلة.

وتعرض البحث إلى دراسة اتجاهات الفقهاء فيما يشترطونه من أوصاف تتعلق بالحق المجرد حتى يجوز تمليكه، وقام الباحث بمقارنة هذه الاتجاهات، وترجيح ما رآه منها أقوى حجة ومستندا.

وختم البحث بعرض نماذج معاصرة للحقوق المجردة، ودراسة ما يتعلق بها من أحكام ، في ضوء ما سبق تقريره من قواعد وأحكام عند الفقهاء.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المقدّمة:

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، حمدا متواصلا لجليل نعمه، وموفور خيراته ومننه، وصلى وبارك على عبده ورسوله محمد، وعلى أزواجه وذريّته، وصحابته ومتَّبعيه إلى يوم الدين، وسلّم تسليما كثيرا؛ ثم أما بعد:

لا شك أن التشريع المتعلق بالمعاملات في الفقه الإسلامي؛ يعتبر من أعلق قضايا التشريع بالواقع الحيوي، باعتبار ارتباطه بالجوانب المتحركة من تصرفات الخلق، بخلاف تشريع العبادات ونحوها مما يرتكز في الجملة على ثوابت لا تخضع لصيرورة الواقع؛ ولا يعتريها التبدل تبعا لإملاءات الظروف والمصالح.

جميع الحقوق محفوظة

ولا يخفى علينا أن تخلف المسلمين الذي تزامن مع ظهور النهضة العلمية الحديثة؛ أدّى إلى غيابنا عن صناعة الحياة بكل جوانبها، مما جعل الإسلام بتعاليمه وشرائعه غير مهيمن على واقع الناس وتصرفاتهم؛ الأمر الذي لا يرتضيه ديننا الحنيف.

ومع ظهور الصحوة الدينية الحديثة في عالمنا الإسلامي؛ حاول العلماء والمفكرون والمصلحون؛ إظهار رأي الإسلام في كل ما استجد وظهر؛ لتحقيق هيمنة الشريعة على كل مجريات الحياة.

ولعل أهم المواضيع التي لقيت بالغ العناية؛ هي ما يتعلق بفكرة الحق، ويرجع ذلك إلى أن الحق هو الأساس الذي تبنى عليه علاقات الناس فيما بينهم، فإن اضطرب أمره كانوا في هرج ومرج.

فوجدناهم تطرقوا بالبحث إلى شتى موضوعاته؛ فكتبوا في الحقوق العامة؛ كالحقوق السياسية وما شابه، ودرسوا مجالات تطبيق الحق، كالتعسف في استعمال الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، وكذا تطرقوا إلى بعض الجوانب ذات الصلة بالحقوق المالية.

هذه هي المضامين العامة التي حدت بي إلى الاهتمام بالكتابة في جانب من جوانب هذا الموضوع؛ الموسوم بـ:" **الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي** " راجيا المولى عز وجل؛ أن أكون مساهما ولو بقدر ضئيل في خدمة جانب من جوانب حياتنا الفقهية.

مع العلم أن هذا الموضوع لم يلق خدمة تليق بمكانته وأهميته، فكثير من المسائل المستجدة تعتبر امتدادا له، وهي المسائل التي تم الإشارة إليها في مبحث النماذج المعاصرة.

مشكلة الدراسة وسبب الاهتمام بها:

نظرا للالتباس الذي وقع فيه كثير من الباحثين أثناء التعرض إلى هذا الموضوع، والذي أدّى بهم إلى الوقوع في أخطاء علمية، منها إطلاق أحكام اجتهادية خلافية، في شكل قواعد شرعية اتفاقية، الأمر الذي يؤدي إلى الوصول إلى نتائج قاصرة في مسائل تحتاج إلى إعمال نظر وبذل جهد واستفراغ وسع، آثرت تناول هذا الموضوع بالدراسة راجيا الوصول إلى ما يلي:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

١ -:تحديد مفهوم الحق المجرد، وموقعه من مفهوم عموم الحق في الفقه الإسلامي.

٢ -:استخراج مشمولات الحق المجرد؛ وبيان ما يتعلق بها من أحكام.

٣ -:تحقيق مالية الحق المجرد، وأثر الخلاف فيها.

٤ -:بيان مترع الفقهاء في الشروط التي ينبغي توفرها في الحقوق –أعني المجردة- حتى يجوز التصرف فيها بالتمليك ونحوه، وبيان الراجح في كل ذلك.

٥ -:تخريج بعض المسائل المعاصرة على ضوء ما استقر عليه البحث.

الخطة المنهجية المتبعة في كتابة البحث:

استقر رأي الباحث بعد استشارة الأساتذة الأخيار على اتباع الخطة الآتية في كتابة موضوع الرسالة:

الفصل التمهيدي: الحق في الفقه الإسلامي: مفهومه وأنواعه

المبحث الأول: مفهوم الحق في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أنواع الحق في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول: الحقوق المجردة مفهومها وأنواعها.

المبحث الأول: مفهوم الحق المجرد ومتعلقاته.

المطلب الأول: مفهوم الحق المجرد.

المطلب الثاني: الفرق بين الحق المجرد والحق المتقرر.

المطلب الثالث: مشمولات الحق المجرد.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الثاني: أنواع الحق المجرد.

المطلب الأول: الحقوق المجردة التي شرعت لدفع الضرر.

الفرع الأول: حق الشفعة.

الفرع الثاني: حق القسم.

المطلب الثاني: حقوق الارتفاق.

الفرع الأول: حق الشِّرب.

الفرع الثاني: حق المرور.

الفرع الثالث: حق التسييل.

الفرع الرابع: حق المجرى.

الفرع الخامس: حق التعلي.

الفرع السادس: حق الانتفاع بالجدار.

المطلب الثالث: حق التحجير –السبق-

المطلب الرابع: حق العقد.

الفرع الأول: حق النزول عن الوظائف.

الفرع الثاني: حق الخلو.

الفصل الثاني: الحقوق المجردة: تكييفها الفقهي، وأثره على صيغ التبادل فيهـــا، النماذج المعاصرة لها.

المبحث الأول: التكييف الفقهي للحقوق المجردة وأثره على صيغ التبادل فيها.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية

المطلب الأول: مالية الحقوق المجردة عند الفقهاء القدامى.

مركز إيداع الرسائل الجامعية

المطلب الثاني: مالية الحقوق المجردة عند الفقهاء المعاصرين.

المطلب الثالث: صيغ التبادل (النقل) في الحقوق المجردة.

المبحث الثاني: النماذج المعاصرة للحقوق المجردة.

المطلب الأول: حق التأليف.

المطلب الثاني: الاسم التجاري.

المطلب الثالث: العلامة التجارية.

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة سابقة تناولت الموضوع مجال البحث أو ما يقرب منـــه، إلا أني وقفت على كتابات اهتمت بمعالجة جوانب تجزيئية من الموضوع، وانصب اهتمامها على بعض مفردات الحق المجرد سواء القديمة منها أو المعاصرة، دون دراسة الموضـــوع بكـــل الحيثيات والجزئيات التي تشكل البنية العامة له.

وأقتصر في ذكر الدراسات السابقة على ما له علاقة وطيدة بالبحث، وهي كالآتي:

١-: حق الابتكار في الفقه الإسلامي: وهي رسالة ماجستير قدمها الطالب أديـــب الفايز الضمور في الجامعة الأردنية سنة ٢٠٠٣، تناول فيها الباحث مفهوم حق الابتكار، وتكييفه الفقهي، وبين فيها الحقوق التي تثبت لصاحبها –المالية منها وغير المالية- وصـــور الاعتياض فيها، وطرق حماية هذه الحقوق.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

٢-: الاسم التجاري؛ دراسة قانونية مقارنة، لـ: عز الدين مرزا ناصر العباســـي، طبعة دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، تطرق فيه الكاتب إلى بيان ماهية الاسم التجاري وعناصره وملكيته وحمايته.

٣-: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، د: محمد مصطفى أبّوه الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، تناول في الجزء الأخير من الكتاب ما يتعلق بـــالحقوق وماليتـــها، وبعض التطبيقات المعاصرة لها.

٤-: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، الجزء الثالث: أُثبتت فيها مجموعة من الأبحاث التي تتعلق بالحقوق المعنوية، وهي غالبا النماذج المعاصرة للحقوق المجردة.

المنهجية المتبعة في دراسة الموضوع:

اتبعت في رسالتي منهجا علميا يجمع بين الاستقراء والتحليل؛ حسب ما تقتضيه طبيعة البحث، وقد حاولت قدر الاستطاعة التزام العناصر الآتية:

١-: دراسة الموضوع في إطار المذاهب الأربعة؛ ذلك أني لم أقف على كثير من مفردات الرسالة عند الظاهرية؛ الأمر الذي يحول دون إمكان استنتاج رأيهم في المسائل المرجو الوصول إليها في البحث.

٢-:عزو الآيات القرآنية إلى سورها بأرقامها.

٣-: تخريج الأحاديث النبوية التي وردت في الرسالة، فإن كانت في الصحيحين أو أحدهما، أو في موطأ مالك – مما لم ينص الحفاظ على ضعفه- اكتفيت بالعزو إليها، وإن لم تكن فيهما ذكرت من خرجها، دون التزام استيعابهم، مع ذكر الحكم على الحديث.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

٤-: إذا استفدت من غيري مباشرة، أنقل استفادتي بحرفها وأجعلها بين قوسين، وأعزوا إلى مكان الاستفادة، وإذا كانت الاستفادة عبارة عن اقتباس فكرة، أشرت في الهامش إلى المراجع التي ذكرت فيها الفكرة ذاتها أو ما يقرب منها.

٥-: توثيق المسائل الفقهية المنقولة، وذلك بعزوها إلى المراجع التي ذكرتها، مع بيان رقم الجزء والصفحة.

٦-: الاعتماد على الكتب الفقهية المعتمدة في كل مذهب، مع الاستعانة بكتب المعاصرين في المسائل التي تقتضي ذلك.

٧-: التزمت الاختصار والبعد عن التطويل وذكر الفروع التي لا تخدم موضوع البحث، وكذا التزام الموضوعية في مقارنة الأقوال والترجيح بينها مع بيان الوجه الراجح من المسائل.

٨-: التزمت في الفصل الأول ذكر الخلاف بين الفقهاء؛ مع الاكتفـــاء بالتحليـــل؛ قصد استنباط منهج الفقهاء في تناولهم لما يتعلق بالحقوق المجردة، وهذا ما يجعل الترجيح في كل مسألة ذكرت في هذا الفصل أمرا غير منطقي، لأن الترجيح لابد أن يكـــون بعـــد استكمال الإحاطة بمنهج كل مذهب فقهي، ومقارنته بمناهج المذاهب الأخرى، وهذا مـــا أثبت في الفصل الثاني.

٩-: لم أتعرض لترجمة الأعلام، تفاديا للحشو الذي يعود على الرسالة بنوع تطويل، مع أن أغلب من ذُكِرُوا هم من الأعلام المشهورين.

١٠: -فهرست المصادر والمراجع التي تم اعتمادها في تحرير هذه الرسالة، وأثبت ذلك في آخر الرسالة.

والله الموفق لما فيه الخير والصواب.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الفصلُ التّمهيديّ:

الحق في الفقه الإسلامي: مفهومه وأنواعه:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الحق في الفقه الإسلامي:

المبحث الثاني: أنواع الحق في الفقه الإسلامي:

المبحث الأول:

مفهوم الحق في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: تعريف الحق لغة:

الحق في اللغة له إطلاقات عديدة منها:

-الحق نقيض الباطل.

-حقَّ الأمر يَحِقُّ ويَحُقُّ حَقًّا وحُقُوقًا: صار حَقًّا وثبت، قال الأزهري: معناه وجب يجب وجوبا، ومنه قوله تعالى:﴿ **قال الذين حقّ عليهم القول** ﴾[1] أي ثبت.

-وحَقَّ الأمرَ يحُقُّه حَقًّا وأَحَقَّه: كان منه على يقين.

-الحق: صدق الحديث.[2]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

والذي يعنينا من هذه المعاني المختلفة، ما يرجع إلى معنى الثبوت والوجوب.

المطلب الثاني: تعريف الحق اصطلاحا:

قبل ذكر التعريف الحدّيّ للحقّ؛ لابد من بيان جملة من الحقائق ذات الصلة بالموضوع، والتي تتلخص فيما يلي:

أولا: الحق في الشريعة الإسلامية هو منحة من الشرع[3] للشخص، وليس صفة ذاتية تقتضيها الطبيعة البشرية كما هو رأي أنصار المذهب الفردي، الذين قصروا وظيفة القانون

---

[1] القصص ٦٣

[2] ابن منظور، لسان العرب المحيط، ط٢ دار صادر، بيروت، (١/٦٨٠-٦٨٢)

[3] فتحي الدريني،الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، دمشق،(ص٢٥٨)، محمد نعيم يسن،نظرية الدعوى، دار النفائس، عمان، (ص٩٠)، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، دار القلم دمشق،(ص٢٠).

على حماية الحق والمحافظة عليه وتمكين الفرد من التمتع به دون إنشائه[٤].

ثانيا : إذا تقرر هذا فالأصل في هذا الحق التقييد، فلا حقوق مطلقة في الشريعة الإسلامية، فلا يجوز أن يستعمل الحق في غير ماشرع له، كما لا ينبغي أن يُضرّ به وإن استعمل في نطاقه الشرعي، ويكون التقييد في الشرع إما بالنصوص الخاصة أو بالقواعد العامة أو مقاصد الشريعة[٥].

ثالثا: جوهر الحق هو علاقة اختصاصية بين المختص –صاحب الحق-، والمختص به –محل الحق-، وممن أشار إلى ذلك: الحاوي القدسي حيث عرف حق الملكية بأنه : **اختصاص حاجز**[٦] ، كما أن هذا الاختصاص يستلزم إقرار سلطة المختص على ما اختص به، تلك السلطة هي حرية التصرف في الحدود التي رسمها الشرع[٧]،وينبني على ذلك أمور:

*أن تعريف الحق بأنه مصلحة، خطأ شائع لدى كثير من الفقهاء المعاصرين[٨]، فالحق بذاته ليس مصلحة بل هو وسيلة إلى مصلحة[٩]، ولذلك كان التعريف بالمصلحة تعريفا بالغاية، وليس ببيان الجوهر.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

* أن وصف الأصوليين[١٠] للحق بأنه فعل فيه تسامح، لأن الفعل ليس جوهر الحق بل هو إما مضمونه أو موضوعه ، ويقصد بالمضمون سلطة الاستغلال والاستعمال

---

[٤] عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية (ص٤٣١)

[٥]الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص٢٣

[٦] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر، ص٤١١

[٧]الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص٢٦١

[٨] منهم الشيخ علي الخفيف حيث عرفه بأنه: مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا يقررها الشارع الحكيم انظر: أحكام المعاملات الشرعية ص٣٠_٣٢، وكذلك الأمر بالنسبة للشيخ محمد يوسف موسى في كتابه الفقه ص٢١١، والشيخ أحمد عيسوي في كتابه المدخل للفقه ص٣٠٥.

[٩] الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص٢٥٥، نظرية الدعوى ص٩٢

[١٠] المرآة على المرقاة، منلا خسرو (٢/٤٢٩)

والتصرف؛ أي ما يثبته الحق لصاحبه، بينما موضوع الحق هو ما يثبته الحق في جانب من ترتب عليه[١١].

رابعا: لا بد من ذكر تعريف جامع للحق يشمل جميع أنواعه.

خامسا: أفاد الدارسون لموضوع الحق أنهم لم يقفوا على تعريف اصطلاحي للحق عند الفقهاء، بل إن إطلاقات الفقهاء للحق تتفق مع المعنى اللغوي له أي الوجود والثبوت[١٢]، كما يظهر ذلك على سبيل المثال عند الإمام عبد العزيز البخاري الذي عرف الحق بأنه **"الموجود من كل وجه الذي لا ريب في وجوده"**[١٣].

وبعد هذا العرض يمكن القول أن أحسن التّعريفات للحق وأدقّها، والذي يتضمن ما سبق تقريره هو تعريف الدكتور محمد فتحي الدريني حيث عرف الحق بقوله:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

"اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة"[١٤].

شرح التعريف:

-اختصاص: الانفراد والاستئثار وهو علاقة بين المختص والمختص به، وإذا نظرنا إلى المختص بموضوع الحق أدركنا شمول التعريف لكل أنواع الحق، فإن كان المختص هو الله عز وجل فهذه حقوق الله تعالى، وإن كان غيره فهي حقوق الأشخاص الحقيقية والاعتبارية.

[١١] الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص٢٥٥-٢٥٦

[١٢] نظرية الدعوى ص ٨٨ ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص١٩.

[١٣] عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، (١٣٤/٤)

[١٤] الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص٢٦٠.

-يقر به الشرع: قيد يخرج به الاختصاص الذي لا يرضاه الشرع، كاختصاص الغاصب و السارق، فلا بد من إقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية حتى تكتسب صفة المشروعية.

-سلطة على شيء: إشارة إلى الحقوق المتعلقة بالأعيان، وهو ما يعبر عنه القانونيون بالحق العيني، كحق الارتفاق بالشرب.

-أو اقتضاء أداء من الآخر: إشارة إلى الحقوق المتعلقة بالأشخاص، وهو ما يسمى بالحق الشخصي، فتكون فيه العلاقة بين شخص الدائن وشخص المدين الملتزم.

-تحقيقا لمصلحة معينة: إشارة إلى الغاية من هذا الحق، التي ينبغي مراعاتها في استعمال الحق[١٥].

ويقرب من هذا تعريف الشيخ مصطفى الزرقا حيث قال :

"**الحق: اختصاص** يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا"[١٦].

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[١٥] نفس المرجع السابق ص٢٦٠- ٢٦٢ بتصرف.

[١٦] المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا ص١٩.

المبحث الثاني:

أنواع الحق في الفقه الإسلامي

من إطلاقات الفقهاء لكلمة الحق استنبط الدارسون لهذا الموضوع أنواعا كثيرة للحق تختلف باختلاف الاعتبارات نوردها فيما يلي:

الاعتبار الأول: باعتبار صاحب الحق[١٧]:

ينقسم الحق باعتبار صاحبه أي المختص به إلى ثلاثة أقسام: حق الله، حق العبد، وحق مشترك[١٨].

القسم الأول: حق الله تعالى: هو امتثال أوامره واجتناب نواهيه، وكذا مايتعلق بالنفع العام مما لا يختص به أحد، وأضيف هذا النوع من الحقوق إلى الله تعالى، تنويها بعلو قدرها وعظم خطرها[١٩].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أما الأحكام المتعلقة بهذا النوع فهي كالآتي:

-أن هذه الحقوق لا تورث[٢٠].

-الإسقاط: الأصل أن حقوق الله عز وجل لا تقبل الإسقاط، سواء كانت هذه الحقوق عبادات كالصلاة، أو عقوبات كالحدود، أو مترددة بينهما كالكفارات، أو ثبتت لشخص بصفته الذاتية كالولاية على الصغير، ومن حاول إسقاط حق من حقوق الله عز وجل؛ منع وقد يقاتل كما فعل أبو بكر الصديق ﵁[٢١] لمانعي الزكاة، واستثني من ذلك

---

[١٧] انظر هذه الاعتبارات لتقسيم الحق في كتاب: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، د: محمد مصطفى أبّوه الشنقيطي (٢/٦٨٦-٦٩٦)

[١٨] العلائي المجموع المذهب في قواعد المذهب، دار عمار (٢/١٩٤) ، الشاطبي، الموافقات، تحقيق عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، (٢/٢٤١-٢٤٥).

[١٩] محمد مصطفى أبّوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، المكتبة المكية، (٢/٦٨٧).

[٢٠] نفس المرجع والصفحة.

[٢١] الموسوعة الفقهية (٤/٢٤٥-٢٤٦)

التعزير فقد ذكر العلماء أن للإمام إسقاطه وعدم استيفائه، ويرجع كل ذلك إلى تقـديره لأن تصرفاته منوطة بالمصلحة كما هو مقرر شرعا[٢٢]، يقول الإمام الجويني مبينا رأي الإمام الشافعي في ذلك:" ثم رأى الشافعي رحمه الله: أن التعزيرات لا تتحتم تحتم الحدود، فـإن الحدود إذا أثبتت فلا خيرة في درئها، ولا تردد في إقامتها، والتعزيرات مفوضـة إلى رأي الإمام، فإن رأى التجاوز والصفح تكرما فعل، ولا معترض عليه فيمـا عمـل، وإن رأى إقامة التعزيرتأديبا وتهذيبا فرأيه المتبع، وفي العفو والإقالة متسع، والذي ذكرناه ليس تخييرا مستندا إلى التمني، ولكن الإمام يرى ما هو الأولى والأليق والأحرى، فرب عفو هو أوزع لكريم من تعزير"[٢٣].

القسم الثاني: حق العبد: يكون الحق هنـا وسـيلة لتحقيـق مصـلحة خاصـة بالشخص[٢٤].

أحكامه:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

-يجوز لصاحب الحق إن كان جائز التصرف؛ التنازل عنه وإسقاطه وإبراؤه وإباحته؛ إلا إذا تعلق بإباحة محرم، أو بتفويت حق الغير فإنه يمنع[٢٥].

-أن هذا النوع من الحقوق إذا كان متعلقا بمال فإنه يورث لأن القاعدة فيما يورث كالآتي: " كل ما كان مالا أو متعلقا بالمال انتقل للوارث، لأن المال يورث، فيورث مـا يتعلق به من خيار وعمل، وكل ما كان متعلقا ببدن الموروث كالنكاح أو رأيه وعقلـه، كخيار الأجنبي لا ينتقل، لأن الوارث لا يرث عقله ولابدنه، وبهذه القاعدة تظهر الفروق والضابط بين البابين "[٢٦].

---

[٢٢] ابن نجيم،الأشباه والنظائر دار الفكر، (ص٣٧٦)

[٢٣] الجويني غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: مصطفى حلمي، فؤاد عبد المنعم، دار الدعوى (ص١٦٧)

[٢٤] دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (٢/٦٨٧).

[٢٥] الموسوعة الفقهية (٤/٢٥٠)

[٢٦] القرافي، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب وآخرين، ط١ ،١٩٩٤، دار الغرب الإسلامي، بيروت (٦/٥٨)

القسم الثالث: حق مشترك: بين حق الله وحق العبد يكون الحكم في هذا النـوع من الحقوق للغالب[٢٧].

الاعتبار الثاني: باعتبار محلّ الحق[٢٨]:

ينظر إلى محل الحق من وجوه ثلاث:

الوجه الأول: من حيث المالية: ينقسم الحق إلى:

حق مالي: أي المتعلق بالمال ومنافعه، كحق الشرب، العلو...، وقد قـال الشـيخ مصطفى الزرقا في تعريفه: **" اختصاص مشروع بمنفعة ذات قيمة مالية بين الناس"**[٢٩].

حق غير مالي: أي لا يتعلق بمال، ومثاله: حق الحضانة، أو حقوق الأسرة على وجه العموم.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الوجه الثاني: من حيث تعلقه بالشخص، ينقسم الحق إلى:

الحق الشخصي: ما يقره الشرع لشخص على آخر، كحق استيفاء الدين، أي أنـه يتعلق بذمة شخص، وقد يكون موضوع الحق إما قياما بعمل، أو امتناعا عن عمل .

الحق العيني: ما يقره الشرع لشخص على شيء معين قائم بذاته، كالحقوق المتعلقة بالعقار.

ومما يجدر الإشارة إليه أن تقسيم الحق باعتبار تعلقه بالشـخص، لم يعـرف عنـد الفقهاء قديما وإنما هو تقسيم القانونيين، وقد ذكرناه هنا لأن المعاصرين من الفقهاء درجوا

---

[٢٧] دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (٦٨٧/٢)

[٢٨] دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (٦٩١/٢)

[٢٩] المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي مصطفى أحمد الزرقا ص٢١

عليه، وأوردوا آثارا فقهية مبناها هذا التقسيم قد ذكرها الفقهاء قديما وإن لم ينصوا على هذا الاعتبار[٣٠].

الوجه الثالث: من حيث تقرر الحق في محله: أي من حيث إمكان انفراد الحق عن محله ، ينقسم الحق إلى:

حق مجرد: وهو ما كان غير متقرر في محله؛ أي أمكن انفراد الحق عن محله، ومثاله حق الشفعة فهو حق مجرد سواء استعمله صاحبه أو أسقطه لا أثر له في المحل، فالمحل يبقى بكل صفاته سواء أخذه صاحب الشفعة أو أخذه شخص آخر.

حق متقرر (غير مجرد): وهو ما له تعلق بمحله تعلق استقرار، ولا يتصور انفراده عن محله، ومثاله حق القصاص فهو حق متقرر، استعماله أو إسقاطه يحدث أثـرا في المحـل، فالمقتص منه يكون مهدور الدم –بالنسبة لأولياء المقتول- إذا ثبت الحق، ويصبح معصوم الدم إذا أسقط الحق[٣١].

وسيأتي مزيد بيان لهذا النوع من الحقوق – إن شاء الله-.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الاعتبار الثالث: باعتبار طريق تحصيله:

تنبيه: الكلام هنا في حالة تعنت من عليه الحق في الوفاء به، أما في حالـة الوفـاء الاختياري فلا إشكال.

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى:

حق قضائي: ما لا بد في تحصيله من القضاء، وتتلخص هذه الحقوق فيما يلي:

---

[٣٠] المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي(٢٥-٣٨)

[٣١] علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، (٢٨)، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (٢/٦٩٣-٦٩٤)

-ما كان من قبيل العقوبات: كالحدود مثلا: وقد أضيف هذا لسلطة القضاء لأن مبناه في الشريعة على الاحتياط فالخطأ فيه غير مستدرك كما أن الفائت منه لا يعوض، وكذلك منعا للتهارج الذي يقع في حال ما كان استيفاؤه من قبل صاحبه[٣٢].

-الحقوق الشرعية المحضة: وهي ما عدا الأعيان والديون والمنافع من الحقوق، كتلك المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والرجعة والطلاق بالإعسار والإضرار ونحو ذلك، لأن الأصل فيها الاحتياط كما أن إثباتها يحتاج إلى اجتهاد وتحري[٣٣].

-حالة خوف الفتنة أو المفسدة: وهذا يتعلق بكل الحقوق إذا كان استيفاؤها يؤدي إلى فتنة أو مفسدة محظورة[٣٤].

-تحصيل الديون إذا كان المدين مقرا بها باذلا لها[٣٥].

حق غير قضائي: ما لا يحتاج في تحصيله إلى قضاء أو رفع دعوى وتتلخص فيما يلي:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

-تحصيل الأعيان المستحقة: فلكل إنسان الحق في تحصيل ما يملكه إذا كان تحت يد غيره ولا يحتاج هذا إلى قضاء[٣٦]، لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ **من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به** ﴾[٣٧].

---

[٣٢] نظرية الدعوى (١٠٨-١١٠)، عبد الودود السريتي، استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعة، (٤٧-٥٢)

[٣٣] نظرية الدعوى (١١١)، استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية،(٥٢)

[٣٤] نظرية الدعوى (١١١-١١٣)، استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية (٥٦)

[٣٥] نظرية الدعوى (١١٣)، استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية (٥٢-٥٤)

[٣٦] نظرية الدعوى (١١٤-١١٦)، استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية (٤٧-٥٢)

[٣٧] رواه أبو داود في سننه، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يجد عين ماله عند رجل (٢٨٩/٣/رقم٣٥٣١).قال الشوكاني: «رواه أحمد وابن ماجه، وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف... وبقية الإسناد رجاله ثقات؛ لأن أبا داود رواه عن عمرو بن عوف الواسطي الحافظ شيخ البخاري عن هشيم عن موسى بن السائب -وثقه أحمد- عن قتادة عن الحسن». (نيل الأوطار٥/ ٣٦٠).

-تحصيل نفقة الزوجة والأولاد[٣٨]: لما ورد في الحديث الصحيح عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم: فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك "[٣٩].

وما ذكر مقيد بعدم حصول مفسدة أو خوف فتنة.

ما اختلف في جواز تحصيله من الحقوق بغير قضاء: أو ما يسمى بمسألة الظفر بالحق أو استيفاء الحقوق المترتبة في الذمة هل يجوز بغير دعوى وإذن حاكم أم لا بد من ذلك، وهي مسألة خلافية بين العلماء، فمنهم المجيز ومنهم المانع، والمجيزون فيهم المشددون وفيهم الموسعون[٤٠].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الاعتبار الرابع: باعتبار سبب ثبوته لصاحبه[٤١]:

ينقسم الحق إلى:

حقوق تثبت لأجل دفع الضرر: وهي الحقوق التي يقرها الشرع لأصحابها منعا لضرر متوقع قد يلحق بهم، فهذه الحقوق وسيلة لدفع الضرر، ومثال ذلك حق الشفعة فإنه شرع لرفع الضرر المتوقع لحوقه بأحد الشركاء من جراء بيع شريكه لحقه، فقد يشتريه من لايناسب الطرف الآخر.

---

[٣٨] نظرية الدعوى (١١٧-١١٨)، استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية (٥٢-٥٤)

[٣٩] رواه البخاري في صحيحه ، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف(٥/ ٢٠٥٢/رقم٥٠٤٩).

[٤٠] انظر هذا المبحث بالتفصيل في كتاب نظرية الدعوى (١١٩-١٥٩)، استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية (٦١-١٠٩)

[٤١] دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (٦٩٥/٢).

حقوق تثبت لأصحابها أصالة لا على وجه رفع الضرر: كحقوق الارتفاقات المتعلقة بالعقار.

وقد ذكر بعض المحققين من الحنفية كابن عابدين أن هذا الاعتبار يمكن أن يكون معيارا لبيان ما يجوز الاعتياض عنه من الحقوق وما لا يجوز، وسيأتي بيان ذلك خلال مباحث الرسالة إن شاء الله[٤٢].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[٤٢] ابن عابدين، رد المحتار، دار الكتب العلمية، بيروت (٤/٥٢٠)

الفصل الأول:

مفهوم الحقوق المجردة وأنواعها

ويشتمل على مبحثين:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الأول: مفهوم الحق المجرد ومتعلقاته:

المبحث الثاني: أنواع الحق المجرد:

المبحث الأول: مفهوم الحق المجرّد ومتعلقاته:

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الأول: مفهوم الحق المجرّد:

المطلب الثاني: الفرق بين الحق المجرّد والمتقرّر:

المطلب الثالث: مشمولات الحق المجرّد:

المطلب الأول:

مفهوم الحق المجرد:

يستحسن قبل الولوج في بيان مفهوم الحق المجرد؛ أن نذكر بعض الحقائق التي تساهم في تحقق المطلوب، وهي كالآتي:

أولا: أن الحق المجرد هو اصطلاح حنفي محض؛ أي أن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة لم يعرفوا هذا الاصطلاح، ويرجع سبب تفرد الحنفية به إلى المنحى الذي نحوه في مسألة مالية المنافع والحقوق؛ ذلك أن جواز التصرف في الأشياء بالمعاوضة منوط بماليتها؛ فمذهب الحنفية لا يعتبر الحقوق أموالا وبذلك لا تجوز المعاوضة عليها؛ غير أن النصوص الشرعية جاءت بجواز المعاوضة بمختلف صورها على حقوق معينة كحق القصاص –، مما اضطر الحنفية إلى وضع أساس يضمن التوفيق بين ما قرروه من قواعد وبين ما جاءت النصوص الشرعية به، فخلصوا إلى التفريق بين الحق الذي ينفرد عن محله؛ فتطبق عليه القاعدة المتعلقة بالحقوق، وبين الحق الذي لا ينفرد عن محله، وإنما له تعلق استقرار به فيجوز المعاوضة عليه كحق القصاص، هذا كله أدى إلى ظهور مصطلح الحق المجرد، والحق المتقرر – غير المجرد – في الفقه الحنفي.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

في حين لم يرتض الجمهور مذهب الحنفية في مالية الحقوق والمنافع - كما هو الأمر عند الشافعية والحنابلة -، وكذا اشتراط المالية لجواز المعاوضة – كما هو رأي المالكية -؛ فكان عدم موافقتهم للحنفية في قاعدتهم يستلزم حتما اختلافهم في الاصطلاح.

وكل ما سبق ذكره سيأتي مبسوطا أثناء التعرض لمسائل الرسالة.

ثانيا: أن الحنفية لم يضعوا تعريفا حديا للحق المجرد، كشأن الفقهاء في كثير من المصطلحات الفقهية، وإنما أشاروا في تعبيراتهم إلى معالم يمكن من خلالها تحديد ماهية الحق المجرد، ومن هذه النصوص:

قول ابن عابدين:" لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة عن الملك"[٤٣]، فأول معلم لهذا النوع من الحقوق هو التجرد عن الملك، أي أنه يمكن ثبوت الحق لشخص ويكون ملك المحل الذي تعلق به هذا الحق لشخص آخر؛ لذلك عرفت مجلة الأحكام العدلية حق المرور وهو من الحقوق المجردة بأنه:" حق المشي في ملك الغير، وذلك بأن تكون رقبة الطريق مملوكة لشخص ولآخر الحق بأن يمر منها فقط، وهذا الحق من الحقوق المجردة"[٤٤]. وهذا لا ينفي أن يكون مالك الحق المجرد هو نفسه مالك المحل الذي تعلق به الحق، فحق المرور هو حق مجرد وهو ثابت لمالك الطريق قطعا.

وثاني معلم للحق المجرد هو عدم التقرر في المحل، ومعنى ذلك إمكان انفراد الحق عن المحل الذي يتعلق به، قال ابن الهمام :" فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل؛ لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه"[٤٥]، وفي الهداية:" بخلاف القصاص لأنه حق متقرر"[٤٦].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

و هذا المعلم هو تأكيد للمعلم الأول؛ إلا أنه يتضمن معنى آخر وقد ذكر الشيخ علي الخفيف فحواه؛ وأنه يرجع إلى أن الحق المجرد لا يترك أثرا في المحل الذي تعلق به، سواء استعمل الشخص حقه أو أسقطه، ومثاله حق الشفعة، فإن استعمال الشفيع له أو إسقاطه لا يترك أثرا في العين المشفوعة، فهي نفسها سواء ثبتت ملكيتها للشفيع أو للمشتري، بخلاف الحق المتقرر فإنه يترك أثرا في محله وذلك في حال استعماله أو إسقاطه، ومثاله حق القصاص، فإن من ثبت عليه الحق يكون مهدور الدم في حال الاستعمال، بينما يصبح معصوم الدم في حال التنازل أو الصلح[٤٧].

---

[٤٣] رد المحتار ، ابن عابدين (٥١٨/٤)

[٤٤] درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (١٢٠/١)

[٤٥] فتح القدير، ابن الهمام (٤١٤/٩)، العناية شرح الهداية البابرتي (٤١٤/٩)، رد المحتار (٤٢١/٦)

[٤٦] الهداية بشحه العناية (٤١٦/٩)، وانظر رد المحتار (٤٢١/٦)

[٤٧] أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (٢٨)

تعريف الحق المجرد:

من خلال ما سبق بيانه حاول بعض المعاصرين وضع تعريف حدي للحق المجـــرد، فقيل فيه: **الحق المجرد: ما كان غير متقرر في محله**[٤٨].

والملاحظ على هذا التعريف أنه مقتبس من نصوص الحنفية في كلامهم عن الحـــق المجرد؛ كقولهم في الشفعة:" فلأن حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل.

ويمكن القول بأن الحق المجرد هو: اختصاص بمنفعة غير متقرر في محله.

شرح التعريف:

-اختصاص بمنفعة: فيه بيان لطبيعة الحق؛ فالحق المجرد ليس إلا نوعا من أنواع الحق، وقد سبق أن جوهر الحق هو العلاقة الاختصاصية.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

-غير متقرر في محله: يشتمل على الأساسين الذين تقوم عليهما ماهية الحق المجـــرد، وهما التجرد عن الملك، وعدم إحداث أثر في المحل.

وما يجدر التنبيه إليه: أن الأساس الأول – التجرد عن الملك – هو المطرد في تحديد ماهية الحق المجرد، بخلاف الأساس الثاني – إحداث أثر في المحل – فهو أغلبي؛ ذلك أن من الحقوق المجردة ما هو أمر اعتباري ليس له وعاء مادي يتعلق به كحق الوظيفة.

كما أن للحق المجرد إطلاقا آخر عند بعض علماء الحنفية وهو: **الحق المفرد**، جاء في البدائع:" والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك"[٤٩]

ومن المعاصرين من أطلق لفظ **الحق المحض** على الحق المجرد[٥٠]

---

[٤٨] أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (٢٨)

[٤٩] بدائع الصنائع، للكاساني (١٩٠/٦)، وانظر رد المحتار (٥١٨/٤)

[٥٠] المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا (١٢٨)

المطلب الثاني:

الفرق بين الحق المجرد والحق المتقرر:

يمكن التفريق بين كِلا الحقين من زاويتين اثنتين: الأولى: من حيث المعنى، والثانية: من حيث الأثر.

من حيث المعنى: الحق المجرد هو الحق الذي ينفرد عن محله، بينما الحق المتقرر لا ينفرد عنه، بل له تعلق استقرار بمحله، ومظهر ذلك أن الحق المجرد لا يحدث أثرا في محله سواء استعمل أو أسقط، بخلاف الحق المتقرر فإنه يحدث أثرا في كل ذلك، وقد سبق توضيح ذلك بمثال حق الشفعة وهو حق مجرد، وحق القصاص وهو حق متقرر.

من حيث الأثر: أن الحق المجرد لا يجوز المعاوضة عليه عند الحنفية، بخلاف الحق المتقرر يجوز الاعتياض عنه، قال الكاساني:" ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري؛ فالصلح باطل؛ لأنه لا حق للشفيع في المحل، إنما الثابت له حق التمليك، وهو ليس لمعنى في المحل، بل هو عبارة عن الولاية وأنها صفة الوالي، فلا يحتمل الصلح عنه، بخلاف الصلح عن القصاص؛ لأن هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء؛ فكان الحق ثابتا في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح؛ فهو الفرق"[٥١].

[٥١] بدائع الصنائع (٥٠/٦)

المطلب الثالث:

مشمولات الحق المجرد:

سبق أن تقرر أن الحق المجرد هو من أقسام الحق باعتبار تقرره في محله، وأنه كذلك نظير الحق المتقرر:

والحق المجرد قد يكون حقا ماليا وقد لا يكون كذلك، كما أنه قد يكون مشروعا أصالة، كما أنه قد يكون شرع لرفع الضرر[٥٢].

ومن الحقوق المجردة المالية: حقوق الارتفاق: وهي حق الشرب، حق المرور، حق التسييل، حق المجرى، حق التعلي، حق الانتفاع بالجدار،قال الكاساني:" لأن الشرب ليس بمال بل هو حق مالي"[٥٣]، ومنها كذلك: حق الشفعة وحق الخلو وحق التحجير[٥٤].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

واعتبرت هذه الحقوق مالية؛ لأنها تتعلق بأعيان مالية؛ فهي في ذلك تبع لأعيانها.

ومن الحقوق غير المالية: حق الزوجة في القسم وما ألحقه الحنفية به من حق الخيار بالنسبة للمخيرة[٥٥].

---

[٥٢] رد المحتار (٥١٨/٤)، فتح القدير (٤٣٠/٦)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٥٣/٥)، مجمع الضمانات (٣٨٥)

[٥٣] بدائع الصنائع (١٩٠/٦)

[٥٤] فتح القدير (٤٣٠/٦)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٥٣/٥)، وفيهما النص على أكثر الحقوق المجردة المذكورة.

[٥٥] مغني المحتاج (٥٢٥/٤)، تحفة المحتاج (٤٥٣/٧)، المغني (٢٣٧/٧)، شرح منتهى الإرادات (٥١/٣)

وأما الحقوق المجردة التي شرعت لرفع الضرر، فهي حق الزوجة في القسم وخيار المخيرة، وحق الشفعة.

والحقوق التي شرعت أصالة: هي الحقوق المجردة المالية عدا الشفعة[٥٦].

والذي يلاحظ أن مفردات الحق المجرد كلها من حقوق العبد، وليست من حقوق الله تعالى، وهذا أمر طبيعي؛ ذلك أن سبب هذا الاصطلاح عند الحنفية؛ هو بيان ما يقبل التصرف من الحقوق وما لا يقبلها، وحقوق العباد هي موضوع التصرفات؛ لأن الأصل أن ليس لأحد أن يتصرف في حقوق الله تعالى بمعاوضة أو بإسقاط، وإنما الواجب فيها الاستيفاء فقط.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[٥٦] رد المحتار (٤/٥٢٠)

المبحث الثاني: أنواع الحق المجرّد:

ويشتمل على أربعة مطالب:

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الأول: الحقوق المجردة التي شرعت لرفع الضرر:

المطلب الثاني: حقوق الارتفاق:

المطلب الثالث: حق السبق والاختصاص –حق التحجير-:

المطلب الرابع: حقوق العقد:

تمهيد:

قبل الولوج في الحديث عن مفردات هذا المبحث، تجدر الإشارة إلى أن الحقـــوق المجردة يمكن تقسيمها باعتبارات مختلفة، كاعتبار المالية؛ فنقول: الحقوق المجـــردة المالية، والحقوق المجردة غير المالية، أو اعتبار طبيعة المشروعية؛ فيتحصـــل لـــدينا: حقوق شرعت لدفع الضرر، وحقوق شرعت أصالة لا لـــدفع الضـــرر، إلا أن الأساس الذي اعتمده الباحث والذي رآه أليق؛ لتحقيق التناسق بين أنواع الحـــق المجرد؛ هو النظر إلى الوحدة الموضوعية التي تجمع بين مجموعة من الحقوق، والـــتي كانت نتيجتها ما أثبت في مطالب هذا المبحث.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الأول: الحقوق المجردة التي شرعت لرفع الضرر:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: حق الشفعة:

الفرع الثاني: حق الزوجة في القسْم:

الفرع الأول:

حق الشفعة

أولا: تعريف الشفعة:

لغة:

الشفعة في الدار والأرض: القضاء بها لصاحبها، وسئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة، فقال: الشفعة الزيادة، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تَضُمَّه إلى ما عندك فتزيده، وتشفعه بها؛ أي أن تزيده بها؛ أي أنه كان وترا واحدا، فضم إليه ما زاده وشفعه به، وقال القتيبي في تفسير الشفعة: كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل، أتاه رجل فشفع إليه فيما باع، فشفّعه، وجعله أولى بالمبيع ممن بَعُد سببه، فسمّيت شفعة وسمّي طالبها شفيعا[٥٧].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

في الاصطلاح:

رغم أن حقيقة الشفعة واحدة عند الفقهاء؛ إلا أن تعريفاتهم لها قد تباينت، ويرجع سبب التباين إلى اختلافهم في بعض الأحكام المتعلقة بالشفعة، كمن تثبت له الشفعة، وفيما يكون حق الشفعة، وهذا ما سنشير إليه في عرض الأحكام.

إلا أنه يمكننا القول أن التعريف الحدّيّ للشفعة هو:

استحقاق الشريك انتزاع شِقْصِ[٥٨] شريكه ممن انتقلت إليه بعوض[٥٩].

ثانيا:الأحكام: وتتعلق بحق الشفعة أحكام[٦٠] فقهية هذا بيانها:

---

[٥٧] لسان العرب المحيط (٣٣٤/٢)

[٥٨] الشقص هو: الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض، ويطلق على الحظ والنصيب، لسان العرب المحيط (٣٤٠/٢)

[٥٩] التعريف مقتبس بتعديل في آخره من غاية المنتهى بشرحه مطالب أولي النهى (١٠٠/٤)

[٦٠] عرض الأحكام سيكون بإيجاز قصد إعطاء صورة عن هذا الحق، وإلاّ فالخوض في مسائله وجزئياته متعذر وليس هذا محله.

المسألة الأولى: من يثبت لهم حق الشفعة:

أجمع العلماء على أن حق الشفعة يثبت للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط[٦١].

ومستند الإجماع السنة؛ لما رواه جابر ﷺ قال:﴿ **قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة**﴾[٦٢].

وعند مسلم:﴿ **قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، رَبْعةٍ، لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه؛ فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به**﴾[٦٣].

وانفرد الحنفية[٦٤] بثبوت الشفعة للشريك في حقوق الارتفاق، وللجار خلافا للجمهور[٦٥].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

واستدلوا لمذهبهم بحديث النبي ﷺ :﴿ **الجار أولى بصقبه**﴾[٦٦]، والصقب الملاصق؛ أي أن الجار أحق بما يليه، وبما يقرب عنه، ورُوِي أنه قال:﴿ **الجار أحق بشفعة جاره، إذا كان طريقهما واحدا، ينتظر بها وإن كان غائبا**﴾[٦٧]، وهو نص في المسألة.

---

[٦١] بدائع الصنائع (٥/٤)، منح الجليل، عليش (١٩١/٧)، مغني المحتاج، الشربيني (٣٧٦/٣)، المغني (١٧٨/٥)

[٦٢] رواه البخاري ، كتاب: الشركة، باب: إذا اقتسم الشركاء الدور أو غيرها فليس لهم رجوع ولا شفعة(٨٨٤/٢/رقم ٢٣٦٤)

[٦٣] رواه مسلم ، كتاب: البيوع، باب الشفعة(١٢٢٩/٣/رقم١٦٠٨)

[٦٤] البدائع (٥/٤)

[٦٥] منح الجليل (١٩١/٧)، مغني المحتاج (٣٧٦/٣)، المغني (١٧٨/٥)

[٦٦] رواه البخاري ، كتاب: الحيل، باب في الهبة والشفعة(٢٥٥٩/٦/رقم ٦٥٧٦)

[٦٧] رواه أبو داود ، كتاب: البيوع، باب: في الشفعة(٢٨٦/٣/رقم ٣٥١٨)، وابن ماجه ، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار(٨٣٣/٢/رقم ٢٤٩٤)، وأحمد (٣٠٣/٣/رقم ١٤٢٩٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب: الشفعة، باب: من كان يقضي الشفعة للجار(٥١٨/٤/رقم ٢٢٧٢١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار ، كتاب: الشفعة، باب: الشفعة بالجوار(١٢٠/٤). صححه الألباني في إرواء الغليل (رقم١٥٤٠)، غير أن الحافظ ابن حجرقال في "الدراية": «هو منكر» (الدراية٢٠٢/٢).

وردّ الجمهور على استدلال الحنفية بما يلي:

-حديث الجار أولى بصقبه ليس صريحا في إثبات الشفعة، وحديثنا صريح في نفي الشفعة عن كل ما قسم، كما هو الحال في الجار مع جاره، أما بقية الأحاديث ففي سندها مقال وحديثنا صحيح فيقدم[٦٨].

-أن الشفعة تثبت لمن كان له حق من الملك، والجار إنما له حق في جوار لا في نفس الملك[٦٩].

المسألة الثانية: محل الشفعة:

تثبت الشفعة في أرض وما فيها من بناء وشجر تبعا لها وهذا باتفاق[٧٠]، فلا تثبت الشفعة في المنقولات: كالحيوان واللباس وما شابه ذلك؛ لأنه يتعذر فيها الحدود والطرق[٧١].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وانفرد المالكية بثبوت الشفعة في النخل والشجر، تعميما لحق الشفعة في كل ما يصلح للقسم[٧٢].

المسألة الثالثة:

تثبت الشفعة فيما انتقل من نصيب الشريك بعوض مالي، كالبيع أو الصلح وهبة الثواب، وأما ما انتقل بغير معاوضة كإرث أو هبة بلا ثواب أو وصية فلا شفعة فيه، وهذا عند الجميع[٧٣].

واختلف فيما انتقل بعوض غير مالي: كالمهر وعوض الخلع وعوض صلح الدم في جناية العمد، فأثبت الشافعية[٧٤] والمالكية[٧٥] فيه الشفعة، ومنعها الحنفية[٧٦] والحنابلة[٧٧].

---

[٦٨] المغني (١٧٩/٥)

[٦٩] منح الجليل (١٩١/٧)

[٧٠] البدائع (١٢/٥)، منح الجليل (٢١٠/٧)، مغني المحتاج (٣٧٣/٣)، المغني (١٨٠/٥)

[٧١] الذخيرة، للقرافي (٢٨٠/٧)

[٧٢] المدونة (٢١٦/٤)

[٧٣] البدائع (١٠/٥-١١)، المدونة (٢٤٦/٤)، منح الجليل (٢١٠/٧)، مغني المحتاج (٣٧٦/٣)، المغني (١٨٢/٥)

ومستند الحنفية والحنابلة أن الشفيع إما أن يأخذ بعين ما أُخِذَ به النَّصِيبُ، وهذا متعذر، وإما أن يأخذ بقيمته ولا سبيل إليه؛ لأن المتملك لم يتملك به- فامتنع التملك أصلا[٧٨]، أضف إلى ذلك أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث[٧٩].

ومستند المالكية والشافعية هو القياس بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر[٨٠].

المسألة الرابعة: وقت طلب الشفعة:

طلب الشفعة لا بد أن يكون بعد علم الشفيع بالبيع على الفور؛ لأنها حق ثبت لدفع الضرر، فكان على الفور، هذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة[٨١]، بينما أثبت المالكية له الحق إلى سنة، وإن كان عالما بالشراء وشهد فيه، على أن يحلف أنه ما تأخر تركا لحقه في الشفعة، واستدلوا لذلك بما يلي:

-أن النص الذي أثبت الشفعة ورد عاما غير مقيد بوقت.

-أنه ثبت له حق، فلا يكون معجلا كسائر الحقوق من الديون وغيرها.

-أن في حصر الشفعة في الفور ضررا على الشفيع بأن يكون معسرا[٨٢].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المسألة الخامسة: إسقاط حق الشفعة:

الشفعة حق يقبل الإسقاط، ويكون الإسقاط إما بصريح القول كقول الشفيع: تركت حقي مثلا، أو بدلالة الحال: كأن يمضي طول أمد والشفيع لم يطالب بحقه وهو

---

[٧٤] مغني المحتاج (٣/٣٧٦)
[٧٥] المدونة (٤/٢٤٨)
[٧٦] البدائع (٥/١٢)
[٧٧] شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢/٣٣٤)، المغني (٥/١٨٢)
[٧٨] البدائع (٥/١٢)
[٧٩] المغني (٥/١٨٣)
[٨٠] مغني المحتاج (٣/٣٧٦)
[٨١] البدائع (٥/١٧)، مغني المحتاج (٣/٣٩٢)، المغني (٥/١٨٦)
[٨٢] الذخيرة (٧/٣٧١)

عالم به، أويعامل الشفيعُ بنفسه الشريكَ الجديد ببيع أو مساقاة أو ما شابه، أو يبيع الشفيع النصيب الذي يشفع به، أو يشتري الشفيع الشقص المشفوع فيه من المشتري وهكذا[٨٣].

المسألة السادسة: توريث حق الشفعة:

اختلف العلماء في مسألة توريث الشفعة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو مذهب الحنفية[٨٤]

نصّ الحنفية على أن حق الشفعة حق لا يورث، واستدلوا بـــ:

-أنه متعلق بمجرد رأيٍ ومشيئةِ الشفيع، وما كان كذلك لا يورث.

-أن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها، ويثبت الملك فيها للـــوارث بعد البيع، وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة؛ شـــرط ولم يوجد في حقّ الميّت وقت الأخذ، ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلـــت؛ لأنهـــا لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع، ولا بالملك الزائل وقت الأخذ.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

القول الثاني: وهو مذهب المالكية[٨٥] والشافعية[٨٦]

قرر المالكية والشافعية أن حق الشفعة حق يورث؛ فهو حق ثبت لدفع الضرر، وما كان كذلك من الحقوق فإنه يورث، ومن نظائره الردّ بالعيب.

القول الثالث: وهو مذهب الحنابلة[٨٧]

وقد وقف الحنابلة موقفا وسطا بين المذهبين السابقين، فنصّوا على أن الشـــفيع إن مات قبل طلب حقه في الشفعة لم يورث حقه؛ كونه لم يجب بعد، وأما إن مـــات بعـــد

---

[٨٣] منح الجليل (٧/٢١٩-٢٢٠)

[٨٤] تبيين الحقائق، عثمان بن علي (٥/٢٥٨)

[٨٥] المدونة (٤/٢٢٨)

[٨٦] أسنى المطالب، زكريا الأنصاري (٢/٣٧٩)

[٨٧] المغني (٥/٢١٦)

المطالبة بالشفعة؛ فإن مطالبته هذه تُصَيِّر الحقَّ موروثا؛ كونه قد تقرر بالطلب، أضف إلى ذلك أن حق الشفعة خيار ثبت لدفع الضرر؛ فيورث كالردّ بالعيب.

المسألة السابعة: الصلح عن حق الشفعة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية[٨٨] والشافعية[٨٩] والحنابلة[٩٠]، ونصّوا على أن الصلح عن الشفعة بمال غير جائز، وهو باطل فتبطل معه الشفعة، واستدلوا بـ:

-أن حق الشفعة حق مجرد غير ثابت في المحل، وإنما الثابت للشفيع حق التملك، وهو معنى قائم بالشفيع فلا يصح الاعتياض عنه[٩١]

-أن الشفعة ثبتت لإزالة الضرر، فإذا رضي بالعوض تبيّنّا أن لا ضرر فلا استحقاق؛ فيبطل العوض لبطلان مُعَوَّضِه[٩٢]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وأما سقوط حق الشفعة فقد جاء في البدائع:" وأما بطلان حق الشفيع في الشفعة؛ فلأنه أسقطه بالصلح، فالصلح وإن لم يصح، فإسقاط حق الشفعة صحيح؛ لأن صحته لا تقف على العوض، بل هو شيء من الأموال لا يصح عوضا عنه، فالتحق ذكر العوض بالعدم؛ فصار كأنه سلّم بلا عوض"[٩٣].

القول الثاني: وهو مذهب المالكية[٩٤] ونصّوا على جواز الصلح عن حق الشفعة بعوض، إن كان الصلح بعد الشراء، ومستند ذلك؛ أنه تنازل عن ملك بعوض فكان

---

[٨٨] البدائع (٥/٢١)

[٨٩] أسنى المطالب (٢/٣٧٨)

[٩٠] الإنصاف، المرداوي (٥/٢٤٧) و (٦/٢٧٠)، وكشّاف القناع، البهوتي (٣/٤٠٢)، شرح منهى الإرادات (٢/١٤٦)

[٩١] البدائع (٥/٢١)

[٩٢] أسنى المطالب (٢/٣٧٨)، كشّاف القناع (٣/٤٠٢)

[٩٣] البدائع (٥/٢١)

[٩٤] التاج والإكليل، المواق (٧/٣٧٨)، منح الجليل (٧/٢١٠)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب (٣٧٤)

جائزا، وأمّا إن كان قبل الشراء فلا يصحّ ورُدَّ المال، وكان على شفعته؛ لأن من وهب ما لا يملك لم تصح هبته.

التحليل:

من خلال ما سبق عرضه من صور التصرف في حق الشفعة – الإسقاط، الإرث، الاعتياض-، نلحظ ما يلي:

-لا خلاف بين العلماء في أن حق الشفعة يقبل الإسقاط؛ لكونه حقا، فكل إنسان استجمع أهلية التصرف، له صلاحية استعمال ما يثبت له من حقوق، كما أن له إسقاطها.

-بالنسبة لمسألة توريث حق الشفعة، فقد اختلف فيه العلماء، والذي يظهر للباحث؛ أن مرجع تباين آرائهم هو اختلافهم في متعلق الحق؛ أي هل حق الشفعة متعلق برأي الشخص؟ وما كان كذلك لا يورث، وهذا ما ارتضاه الحنفية، والحنابلة قبل طلب الشفعة، أم أن حق الشفعة متعلق بالعين المشفوعة، وهي مال، وما كان من الحقوق متعلقا بالمال فإنه يورث، وهذا ما ارتضاه المالكية، والشافعية، والحنابلة بعد طلب الشفعة.

-أما ما يتعلق بالاعتياض عن حق الشفعة، فالذي نلحظه أن مستند الحنفية في المنع؛ هو كون هذا الحق مجردا عن محل الملك، فيلزم من ذلك عدم جواز التصرف فيه بطريق المعاوضة، أما بالنسبة للشافعية والحنابلة؛ فإن المنع مردّه إلى طبيعة هذا الحق، وهو كونه شرع لدفع الضرر، بينما انفرد المالكية بجواز المعاوضة عن هذا الحق؛ لأنه ملك؛ والمالك حرّ في التصرف في ما يملك بالاعتياض أو بغيره.

الفرع الثاني:

حق القَسْم

أولا: معنى القسم:

لغة:

القَسْم بفتح القاف وسكون السين مصدر قَسَمَ الشيء يَقْسِمُهُ قَسْمًا فَانْقَسَم، وقَسَّمه جزَّأه وهي القِسْمَةُ، وأما القِسْم بالكسر فالنصيب، والقَسَم بفتح القاف والسين اليمين[٩٥].

في الاصطلاح:

المراد بحق القَسْم: تسوية الزوج بين زوجاته ويسمى العدل بينهن أيضا، وحقيقته مطلقا ممتنعة، كما أخبر سبحانه وتعالى حيث قال:﴿**ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة**﴾[٩٦]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

ثانيا: الأحكام:

ويتعلق بحق القَسْم أحكام نبّه عليها الفقهاء، وهي كالآتي:

المسألة الأولى: وجوب العدل في القَسْم:

العدل في القَسْم بين الزوجات واجب باتفاق الفقهاء[٩٧]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

[٩٥] لسان العرب المحيط (٣/٨٧-٨٨)

[٩٦] النساء ١٢٩

[٩٧] الهداية بشرحه العناية(٣/٤٣٣)، منح الجليل شرح مختصر خليل(٣/٥٣٤)، التاج والإكليل لمختصر خليل(٥/٢٥٢)، المنهاج بشرحه تحفة المحتاج(٧/٤٣٩)، شرح منتهى الإرادات(٣/٤٨)

*قوله تعالى:﴿ **فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة**﴾ عقيب قوله تعالى:﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع**﴾[٩٨].

وجه الاستدلال: أن الله عز وجل أرشد في الآية الكريمة إلى الاقتصار على الواحدة، عند خوف ترك العدل في حال التعدّد، وإنما يخاف على ترك الواجب، فدلّ على أن العدل بينهن في القسم واجب[٩٩].

*قوله تعالى:﴿ **ذلك أدنى أن لا تعولوا**﴾[١٠٠]؛ أي تجوروا، والجور حرام، فكان العدل واجبا ضرورة[١٠١].

*قوله تعالى:﴿**وعاشروهن بالمعروف**﴾[١٠٢]، وليس مع الميل معروف[١٠٣].

***من السنة:**

-عن عائشة ﵂ قالت:﴿ أن النبي ﷺ كان يقسم بين نسائه فيعدل، ويقول: **اللهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك**﴾[١٠٤].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

[٩٨] النساء ٣

[٩٩] البدائع(٢/٢٣٢)

[١٠٠] النساء ٣

[١٠١] البدائع(٢/٢٣٢)

[١٠٢] النساء ١٩

[١٠٣] المغني(٧/٢٢٩)

[١٠٤] رواه الترمذي ، أبواب النكاح، باب: ما جاء في التسوية بين الضرائر(٣/٤٤٦/رقم١١٤٠)، والبيهقي ، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في قول الله عز وجل ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة(٧/٢٩٨)، وأبو داود ، كتاب: النكاح، باب : في القسم بين النساء(٢/٢٤٢)، والنسائي كتاب عشرة النساء(٥/٢٨١)، وابن ماجه ، أبواب النكاح، باب: القسمة بين النساء(١/٦٣٣). وضعف الحديث الألبانيُّ في إرواء الغليل رقم٢٠١٨.

-عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال:﴿**من كان له امرأتان، فمال إلى إحداهما دون الأخرى جاء يوم القيامة وشقّه مائل**﴾[١٠٥].

وهذان النّصّان صريحان في إيجاب العدل بين الزوجات في القَسْم.

المسألة الثانية: إنما القَسْم في المبيت:

المقصود بالعدل في القَسْم العدل في المبيت؛ فبه يحصل السكن والأنس، ولا يجب على الزوج التسوية بين نسائه في الجماع؛ كونه يتعلق بالنشاط والشهوة، وهي لا تتأتى في كل وقت، وكذا الأمر بالنسبة لسائر الاستمتاعات مما هي دون الجماع، وإن كانت التسوية في كل ذلك أولى وأكمل[١٠٦].

المسألة الثالثة: محل القَسْم الليل:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

الأصل في القَسْم الليل، والنهار تبع له؛ لأن النهار وقت انتشار الناس قصد كسب المعاش، وإن كان الزوج ممن يعمل ليلا كان قَسْمه نهارا، والليل تبع له[١٠٧].

المسألة الرابعة: النكاح سبب وجوب القَسْم:

يستوي في القسم الشّابّة والعجوز والمسلمة والكتابية والحائض والنفساء ومن آلى منها ومن ظاهر ومُحْرِمة، دلّ على ذلك عموم الأدلة الموجبة للعدل في القسم؛ ولأن

---

[١٠٥] رواه البيهقي ، كتاب: النكاح، باب: الرجل لا يفارق التي رغب عنها ولا يعدل لها(٢٩٧/٧)، والدارمي ، كتاب النكاح، باب: العدل بين النساء(١٩٣/٢)، وابن الجارود في المنتقى (١٨٠/١). وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم٢٠١٧.

[١٠٦] الهداية بشرحه العناية(٤٣٤/٣)، منح الجليل(٥٣٥/٣و ٥٣٨)، مغني المحتاج(٤١٤/٤)، المغني(٢٣٤/٧-٢٣٥)

[١٠٧] فتح القدير(٤٣٣/٣)، منح الجليل(٥٣٤/٣)، مغني المحتاج(٤١٧/٤)، المغني(٢٣٣/٧)، شرح منتهى الإرادات(٤٨/٣)

النسوة يستوين في سبب وجوب القسم وهو النكاح، فيستوين بذلك في وجوب القسم لهن[١٠٨].

المسألة الخامسة: المريض في وجوب القَسْم عليه كالصحيح:

المريض في وجوب القسم عليه كالصحيح، فإن شق عليه ذلك استأذنهن في الكون عند إحداهن كما فعل النبي ﷺ ؛ لما روته عائشة رضي الله عنها: ﴿أن رسول الله ﷺ كان يسأل في مرضه الذي مات فيه، أين أنا غدا؟ أين أنا غدا؟ يريد يوم عائشة، فأَذِنَ له أزواجه يكون حيث شاء، فكان في بيت عائشة حتى مات عندها ﴾[١٠٩]، فلو سقط القسم بالمرض لم يكن للاستئذان معنى.

فإن لم يأذنّ له، أقام عند إحداهن بالقرعة أو اعتزلهن جميعا إن أحب[١١٠].

المسألة السادسة: القَسْم للجديدة:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الرجل إذا كانت عنده نسوة وتزوج جديدة، فإن كانت بكرا بات عندها سبعا، ثم رجع لقسمه بلا قضاء للباقيات، وإن كانت ثيبا بات عندها ثلاثا[١١١]؛ لخبر﴿**سبع للبكر وثلاث للثيّب**﴾[١١٢].

وذهب الحنفية إلى أنه لا فرق بين البكر والثيب، ولا بين الجديدة والقديمة وجعلوا التفضيل بالبداءة دون الزيادة[١١٣]، واستدلوا بحديث أم سلمة ﵂ حين قال لها رسول الله

---

[١٠٨] البدائع(٢/٢٣٢)، منح الجليل(٣/٥٣٤-٥٣٥)، مغني المحتاج(٤/٤١٤)، أسنى المطالب(٣/٢٣٠)، المغني(٧/٢٣٠)

[١٠٩] رواه البخاري ، كتاب: النكاح، باب: إذا استأذن الرجل نساءه في أن يمرض في بيت بعضهن فأذن له(٥/٢٠٠١/رقم٥٢١٧).

[١١٠] البدائع (٢/٢٣٣)، فتح القدير (٣/٤٣٤)، منح الجليل(٣/٥٣٤)، مغني المحتاج (٤/٤٢٣)، المغني (٧/٢٣٠)

[١١١] حاشية الخرشي (٤/٤)، حاشية الدسوقي (٣/٣٤٠)، مغني المحتاج (٤/٤٢١)، المغني (٧/٢٣٠)

[١١٢] رواه ابن حبان ،كتاب النكاح، باب: ذكر الأمر للمرء إذا تزوج على امرأته بكرا أن يقسم لها سبعا أو ثلاثا إذا كانت ثيبا ثم الاعتدال بينهما في القسمة(١٠/٨)، وعبد الرزاق في مصنفه ، كتاب: النكاح، باب: نكاح البكر(٦/٢٣٥)، وأبو يعلى في مسنده (٥/٢٠٥). قال الشيخ شعيب الأرناؤوط: «إسناده صحيح على شرط مسلم» (الإحسان بتقريب صحيح ابن حبان١٠/٨/رقم٤٢٠٨).

ﷺ:﴿ **إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن**﴾[١١٤]، ففيه أنّ النبي ﷺ ساوى بين أم سلمة رضي الله عنها وبين نسائه في القسم مع أنها زوجة جديدة، فعلم أن لا فضل بين الجديدة والقديمة في القسم.

وردّ ذلك بتتمة الحديث، وهو قوله ﷺ لأم سلمة:﴿ **وإن شئت ثلثت عندك ودرت**﴾[١١٥]؛ أي عاد استأنف قسمه لنسائه كلهن، دون أن يقضي لهن.

فقالوا: إن أم سلمة رضي الله عنها حين دخل بها النبي ﷺ كانت ثيّبا، وحقها البيات عندها ثلاثا؛ ولذلك قال لها النبيﷺ : وإن شئت ثلثت عندك ودرت، و لم يشر إلى القضاء، وأما قوله لها : إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن؛ فلأنها طمعت في الحق المشروع لغيرها فبطل حقها، وكان لهن القضاء[١١٦].

وزاد الحنفية أن القسم من حقوق النكاح، وهن في ذلك سواء، فلا وجه للمفاضلة[١١٧].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

قال ابن عبد البر:" عن التابعين في هذا الباب من الاختلاف، كالذي بين أئمة الفتوى-فقهاء الأمصار-، وما ذهب إليه مالك والشافعي، هو الذي وردت به الآثار المرفوعة، وهو الصواب – إن شاء الله عز وجل -"[١١٨].

وذكر منها –الأحاديث المرفوعة- حديثا بسنده إلى أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:﴿ **إذا تزوج البكر أقام عندها سبعا، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا**﴾[١١٩].

---

[١١٣] العناية شرح الهداية (٤٣٣/٣)

[١١٤] رواه مالك ، كتاب:النكاح، باب: المقام عند البكر ولاأيّم(٥٢٩/٢)، وكذا مسلم بمعناه ، كتاب: الرضاع، باب: قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزواج (١٠٨٣/٢/رقم١٤٦١)

[١١٥] نفس الحديث السابق

[١١٦] الذخيرة (٤٦٣/٤)، مغني المحتاج (٤٢٢/٤)

[١١٧] العناية شرح الهداية (٤٣٤/٣)

[١١٨] الاستذكار لابن عبد البر (٨٤/٦)

[١١٩] أخرجه البخاري موقوفا (٢٠٠٠/٥)، باب: إذا تزوج البكر على الثيب، ومسلم (١٠٨٤/٢) باب: قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف

المسألة السابعة: هبة المرأة قسمها:

اتفق الفقهاء على جواز هبة[١٢٠] المرأة قسمها أي نوبتها لضرّها؛ لأنه حق ثبت لهـــا، فلها أن تستوفي ولها أن تترك، واشترطوا لمضي ذلك رضا الزوج؛ لأنها لا تملك إســـقاط حقه من الاستمتاع، فله أن يبيت عندها في ليلتها[١٢١].

واستدلوا بـــ:

١-حديث ابن عباس ﷺ قال:" خشيت سودة أن يطلقها الــنبيّ ﷺ فقالـــت: لا تطلقني وأجعل يومي لعائشة، ففعل"[١٢٢].

٢-عن عائشة ﷺ : أن رسول الله وجد على صفية بنت حييّ في شيء، فقالـــت صفية لعائشة: هل لك أن ترضي عنّي رسول الله ﷺ ولك يومي؟ فأخذت خمارا مصبوغا بزعفران، فرشته ليفوح ريحه، ثم اختمرت به، وقعدت إلى جنب النبي ﷺ،فقال رسول الله ﷺ:﴿**إليك يا عائشة إنه ليس يومك**﴾ قالت: ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، فأخبرتـــه بالأمر، فرضي بها"[١٢٣].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وبنوا على ذلك ما يلي:

-إذا وهبت المرأة قسمها لكل ضرائرها، سوّى بينهن الزوج في ذلك فتجعل الواهبة أو المسقطة كالمعدومة ويقسم للباقيات، وليس له أن يتصرف في نوبتها كيفما شاء.

---

[١٢٠] هذه الهبة ليست ككل الهبات لأنه لا يشترط قبول الموهوب له بخلاف غيرها كون الحق يدور بين الزوج والواهبة، انظر مغني المحتاج (٤٢٤/٤)

[١٢١] البدائع (٢٣٣/٢)، الهداية بشرحه العناية (٤٣٦/٣-٤٣٧) التاج والإكليل (٢٥٧/٥)، حاشية الدسوقي (٣٤١/٢)، مغني المحتاج (٤٢٤/٤)، المغني (٢٣٧/٧)

[١٢٢] رواه الترمذي ، باب: ومن سورة النساء(٢٤٩/٥)، والبيهقي (٧٤/٧)، وأبو داود ، كتاب: النكاح، باب: في القسم بين النساء(٢٤٢/٢)، وأحمد (٧٦/٦). قال الحافظ ابن حجر في "الإصابة": «سنده حسن» (الإصابة٣٣٨/٤).

[١٢٣] رواه أحمد في مسنده (٩٥/٦)، وضعفه الشيخ شعيب الأرناؤوط في تعليقه على مسند الإمام أحمد (١٨٤/٤١).

-إذا وهبت المرأة نوبتها لزوجها فقط، فله التخصيص لواحدة فأكثر بنوبة الواهبة؛ لأنها جعلت الحق له فيضعه حيث شاء[١٢٤].

-إن رجعت وطلبت قسمها فلها ذلك؛ لأن ذلك كله كان إباحة منها، والإباحة لا تكون لازمة، كالمباح له الطعامَ؛ فإن المبيح يملك منعه والرجوع عن ذلك[١٢٥].

المسألة الثامنة: إسقاط الزوجة قسمها بعوض:

اختلف العلماء في مسألة: إسقاط الزوجة حقّها في القسم بعوض - كان هذا العوض مدفوعا من قبل ضرّتها، أو من قبل زوجها- على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو مذهب المانعين: وهم الحنفية[١٢٦] والشافعية[١٢٧] ، وعلّلوا منعهم بأن حقها في كون الزوج عندها ليس مالا، فلا يجوز مقابلته بمال، وزاد الحنفية بأن حق القسم من الحقوق المجردة التي لا يجوز الاعتياض عنها[١٢٨].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

وبنوا على ذلك أنها لو أخذت على إسقاط نوبتها مالا لزمها رده، وعلى الزوج أن يقضي لها؛ لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها.

* ونصّ الحنفية بناء على ما سبق: أن المرأة لو بذلت مالا للزوج؛ ليجعل لها في القسم أكثر مما تستحقه لا يحل للزوج أن يفعل، ويرد ما أخذه منها؛لأنه رشوة؛كونه أخذ المال لمنع الحق عن المستحق[١٢٩].

---

[١٢٤] فتح القدير (٤٣٧/٣)، خليل بشرحه الخرشي (٦/٤)، مغني المحتاج (٤٢٥/٤)، المغني (٢٣٧/٧)
[١٢٥] البدائع (٢٣٣/٢)، الهداية بشرحه العناية (٤٣٧/٣)، مغني المحتاج (٤٢٥/٤)، شرح منتهى الإرادات (٥٢/٣)
[١٢٦] البدائع (٢٣٣/٢)، فتح القدير (٤٣٦/٣)
[١٢٧] مغني المحتاج (٤٢٥/٤)، تحفة المحتاج (٤٥٣/٧)
[١٢٨] رد المحتار (٥١٨/٤)
[١٢٩] البدائع (٢٣٣/٢)

القول الثاني: وهو مذهب المجيزين وهم المالكية[١٣٠] وعلّل المالكية مذهبهم بأن حق القسم هو ملك للزوجة وما كان كذلك جاز بذله بعوض، واشترطوا لإمضاء هذا البيع[١٣١] أمورا:

-إمضاء الزوج، تماما كما هو الأمر في هبة يومها للعلة نفسها؛ كونه قد يكون له غرض في عين الواهبة.

-أن لا يكون على التأبيد بل يكون في مدّة يسيرة، تفاديا للغرر[١٣٢]، سئل مالك: فيمن يعطي امرأته شيئا في يومها ليكون فيه عند الأخرى، قال: الناس يفعلونه وغيره أحب إليّ، ولا يعجبني شراء المرأة من صاحبتها يومها من زوجها وأكرهه وأرجو خفة شراء ليلة لا أكثر[١٣٣].

إلا أن الشيخ أحمد الزرقاني ذهب إلى جواز شراء النوبة على الدوام[١٣٤].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

فإن كان الزوج هو من دفع العوض كانت نوبة المسقطة حقّها له، يخص به من شاء من نسائه، كما أن الضرّة تختص بما اشترته.

القول الثالث: وهو مذهب الحنابلة[١٣٥]، حيث فرقوا بين أن يكون ما يقابل الإسقاط عوضا ماليا، فمنعوا من ذلك؛ لأن حق القسم ليس مالا فلا يجوز مقابلته بمال، وعليه لو أن الزوجة أسقطت نوبتها بعوض مالي، وجب عليه ردّه وكانت لها نوبتها، أما إن كان الإسقاط بعوض غير مالي كخدمة مثلا، جاز ذلك لحديث صفية[١٣٦] رضي الله عنها المتقدم

---

[١٣٠] منح الجليل (٣/٥٤١)

[١٣١] في إطلاق لفظ البيع على هذا تجوز لأن المبيع لا يكون إلا ذاتا، وإنما هو إسقاط بعوض، منح الجليل (٣/٥٤١)

[١٣٢] منح الجليل (٣/٥٤١)

[١٣٣] التاج والإكليل (٥/٢٥٨)

[١٣٤] حاشية الدسوقي (٢/٣٤١)

[١٣٥] المغني (٧/٢٣٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٥١)

[١٣٦] سبق تخريجه انظر ص:٣٥

ذكره، وفيه أنها رضي الله عنها أسقطت يومها لعائشةﷺ في مقابل أن ترضي رسول الله ﷺ عنها، وإقرار النبي ﷺ لفعلها دليل مشروعيته.

التحليل:

الذي نخلص إليه بعد هذا العرض؛ أن التصرفات التي تتعلق بهذا الحق تقتصر على الإسقاط بنوعيه، بعوض وبغير عوض؛ كون هذا الحق لا يتصور توريثه؛ لأنه مرتبط بالزوجة حال حياتها، كما لا يتصور بيعه لأن المبيع الأصل فيه أن يكون ذاتا_ خاصة عند الحنفية والمالكية-.

فأمّا الإسقاط بغير عوض فلا إشكال فيه وقد سبق بيان مدرك ذلك في حق الشفعة.

وأما ما يتعلق بالإسقاط بعوض فقد اطردت مذاهب العلماء، في تعليل المنع والإباحة على نحو ما فصّل في حق الشفعة. وأما استثناء الحنابلة لحل الاعتياض إن كان العوض غير ماليّ؛ فمردّه إلى النص وهو حديث صفية ﷺ. كما نلحظ تعليلا آخر للشافعية والحنابلة؛ وهو أن حق القسم لا يتعلق بمنفعة مالية.

مركز إيداع الرسائل الجامعية

كما أن ثمّة فرقا بين حق القسم وحق الشفعة، وهو أن حق القسم يتجدد كل يوم بالنسبة للزوجة؛ لذلك يبقى ثابتا لها مع عدم حل عوضه عند الحنفية والشافعية والحنابلة على تفصيل، بينما حق الشفعة لا يتجدد؛ لذلك لم يبق ثابتا للشفيع مع عدم حل عوضه.

تنبيه: وألحق الحنفية بحق الزوجة في القسم؛ حق الخيار بالنسبة للمخيرة: وهي من ثبت لها الخيار في أن تختار نفسها أو تبقى مع زوجها، ويثبت لها حق الخيار بالشرع كالصغيرة إن بلغت، ومن كان بزوجها عيب جب أو عنة، كما يثبت بتخيير الزوج لها.

فمن ثبت لها حق الخيار –بالشرع أو بتخيير الزوج – فليس لزوجها أن يصالحها على مال مقابل إسقاط حقها في الخيار، فإن صالحته على ذلك، سقط خيارها ووجب رد المال[١٣٧].

[١٣٧] بدائع الصنائع (٢/٣٢٧)، مجمع الضمانات (٣٨٥)، رد المحتار (٤/٥١٨)

ويشكل على هذا الحق اعتباره من الحقوق المجردة؛ ذلك أن استعماله – اختيار الزوجة نفسها- يحدث أثرا وهو أن تصبح أجنبية عن زوجها لأنه يعد عند الحنفية طلقة بائنة، كما أن إسقاط هذا الحق يبقي الزوجة حلالا لزوجها.

اللهم إلا أن يقال أن ملك الزوجة لحق الخيار؛ سواء كان بتخيير الزوج أو بالشرع، هو حق مجرد عن ملك عصمة النكاح، ذلك أن الزوج مع ثبوت حق الخيار لزوجته، له أن يطلقها قبل أن تستعمل حقها في الاختيار، فَتَحَصَّلَ أن ملك الزوجة لحق الخيار هو مجرد عن ملك أصل العصمة فهي تبقى في يد الزوج، والله أعلم.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الثاني: حقوق الارتفاق:

ويشتمل على ستّة فروع:

الفرع الأول: حق الشِّرب:

الفرع الثاني: حق المرور:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الفرع الثالث: حق التسييل:

الفرع الرابع: حق المجرى:

الفرع الخامس: حق التّعلّي:

الفرع السادس: الحق المتعلق بالجدار:

تمهيد:

تجدر الإشارة إلى أن أول من أطلق على هذه الصور من المنـــافع؛ حقـــوقَ الارتفاق؛ هو قدري باشا في كتابه " مرشد الحيران " وقد استقى إطلاقه هذا من استعمال الفقهاء لكلمة " ارتفاق " في معرض الكلام عن هذه المنافع، وقد عرّفَ حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الأول، وهو تعريف مطابق لتعريف القانونيين لهذه الصور من المنافع[١٣٨].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[١٣٨] انظر أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف ص٥٣

الفرع الأول:

حق الشِّرب

أولا: معنى الشِّرب

لغة:

الشرب في اللغة معناه الحظ والنصيب من الماء[١٣٩]، ومنه قوله تعالى:﴿ **قال هـذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم** ﴾[١٤٠]وقوله:﴿ **ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر** ﴾[١٤١].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

اصطلاحا:

هو الحظ والنصيب من الماء غير المحرز والخاص بسقي المزروعات[١٤٢].

شرح التعريف:

الحظ والنصيب: يكون تعيينه تارة بالزمن كاليوم واليومين، وتارة أخرى بأنابيب أو فجوات ذات اتساع معين، والمقصود تحصيل الوسيلة التي تُمَكّن إيفاء الحق كـــل بقـــدر نصيبه.

غير المحرز: كمياه الأنهار والوديان والآبار، أما الماء المحرز في خزان وما شابه، فليس محل الكلام عليه هنا، كونه أصبح ملكا لمحرزه.

---

[١٣٩] لسان العرب المحيط (٢٨٧/٢)

[١٤٠] الشعراء ١٥٥

[١٤١] القمر ٢٨

[١٤٢] انظر درر الحكام المادة ١٤٣(١٢٠/١)

الخاص بسقي المزروعات: سواء كانت في مزرعة أو بستان أو حديقة، وهو قيد احترازي، يخرج به ما كان خاصا بشرب الإنسان والمواشي، والذي اصطلح عليه بحق الشفة[١٤٣].

ويعد حق الشِّرب من الحقوق المجردة كونه ينفك عن ملك أصل النهر أو البئر، فيكون للشخص حق الانتفاع بالسَّقي من نهر أو بئر، وهذان الأخيران ملك لشخص آخر، فلا يشترط في الشخص حتى يثبت له حق الشرب أن يكون مالكا لأصل قرار النهر أو البئر ، أضف إلى ذلك أن الانتفاع بالشرب أو عدمه لا يحدث أثرا في أصل النهر أو البئر.

ثانيا: الأحكام: وتتعلق بحق الشّرب جملة من الأحكام نوردها فيما يلي:

المسألة الأولى: ثبوت حقّ الشِّرب:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ما دام حق الشّرب متعلقا بالماء، وهذا الأخير أنواع، فإنا سنعرض لثبوت هذا الحق وفق أنواع المياه فنقول:

الماء إما أن يكون جاريا كما هو حال الأنهار والوديان صغيرة كانت أم كبيرة، وإما أن يكون بئرا.

أولا: الماء الجاري: وهو إما أن يكون جاريا في نهر مملوك أو جاريا في نهر غير مملوك.

***الماء الجاري في نهر غير مملوك:** وهو بدوره نوعان:

النوع الأول: الأنهار العظيمة كالنيل والفرات:

يثبت فيها حق الشّرب والشّفة لكل النّاس، فلهم سقي زرعهم والتزوّد لشربهم وشرب دوابهم، وما يتعلق بحوائجهم التي لا غنى عن الماء لقضائها، بشرط واحد وهو عدم

---

[١٤٣] أهل الشفة هم الذين لهم حق الشُّرب بشفاههم وسقي دوابهم والاستسقاء بالأواني، دون سقي الأراضي، والشفة واحدة الشفاه وأصله شفهه سقطت الهاء تخفيفا، وتصغيرها شفيهة على الأصل، انظر طلبة الطلبة (١٥٦)

الإضرار بالنهر؛ كون حق الانتفاع مشتركا بين الجميع، فليس لأحد أن ينتفع بهذه الأنهر والوديان ويمنع الآخرين من ذلك بإلحاقه الضرر بها[١٤٤]، وأصل هذا كلّه قول النبيّ ﷺ: ﴿ **النّاس شركاء في ثلاث، في الماء والنار والكلأ**﴾[١٤٥].

النوع الثاني: النهر الصغير الذي يزدحم الناس فيه ويتشاحّون في مائه:ومن صوره السيل الذي يزدحم عليه أهل الأرض الشاربة منه، فإنه يقدم من هو في أول النـــهر[١٤٦]، فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع مثله، وهكـــذا إلى أن تنتهي الأراضي كلها، فإن لم يفضل شيء عن الأول أو عمن يليه، فلا شيء للباقين، لأن حقهم في الفاضل فهم كالعصبة في الميراث[١٤٧].

وأصل ذلك ما روى عبد الله بن الزبير:" أن رجلا من الأنصار خاصـــم الـــزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبيّ ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: ﴿ **اسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك**﴾ فغضب الأنصاري، وقال:" يا رسول الله أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: ﴿ **يا زبير اسق، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجَدْر**﴾ قال الزبير: فوالله إني لأحسب هذه الآية نـــزلت فيه: ﴿ **فلا وربك لا يؤمنون حتـى يحكموك**

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[١٤٤] البحر الرائق (٨/٢٤٢-٢٤٣)، مجمع الأنهر، شيخي زاده (٢/٥٦٢)، درر الحكام (٣/٢٦٩-٢٧٠)، منح الجليل (٨/١٠٣)، مغني المحتاج (٣/٥١٦)، فتاوى السبكي (١/٤٥١)، المغني (٥/٣٣٩)

[١٤٥] رواه أبو داود، كتاب: البيوع، باب في منع الماء، (٣/ ٢٧٨/رقم٣٤٧٧).وابن ماجه، كتاب: الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث (٢/ ٨٢٦/رقم٢٤٧٢)، وأخرجه الحارث بن أبي أسامة مسنده، زوائد مسند الحارث للهيثمي، باب: الناس شركاء في ثلاث، (١/٥٠٨)، قال الحافظ ابن حجر: «رواه الطبراني بسند حسن عن زيد بن جبير عن ابن عمر، وله عنده طرق أخرى، ولابن ماجه من حديث أبي هريرة بسند صحيح: ثلاث لا يمنعن الماء والكلأ والنار»، تلخيص الحبير (٣/٦٥)،وضعف الألباني الحديث بلفظ: "الناس شركاء"، وصححه بلفظ:"المسلمون شركاء". إرواء الغليل رقم١٥٥٢

[١٤٦] يقدم السابق إلى الإحياء (إحياء الأرض) على من هو في أول النهر، وإنما درج الفقهاء على التعبير بمن هو في أول النهر حملا للأمر على الغالب، ففي غالب الأحيان من أحيا أرضا للزراعة فإنه يحييها بجنب النهر تسهيلا لأمر السقي، انظر: مغني المحتاج (٣/٥١٦)، المغني (٥/٣٤٠)، منح الجليل (٨/١٠١)

[١٤٧] المغني (٥/٣٣٩)

فيما شجر بينهم ﴾[١٤٨]، وروى مالك في الموطأ أيضا عن عبد الله بن أبي بكر بن حـــزم، أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سهل مهزور ومذينيب:﴿**يمسك حتى الكعبين، ثم يرسل الأعلى على الأسفل**﴾[١٤٩].

أمّا إن استوى اثنان في القرب من أول النهر، فإنهما يقتسمان الماء بينهما إن أمكن، وإن تعذر ذلك أقرع بينهما، فقدم من تقع له القرعة، فإن كان الماء لا يسع حاجتـــهما، سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء، ثم تركه للآخر، وليس له أن يستهلك المـــاء كله؛ لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء، وإنما القرعة للتقديم في اســـتيفاء الحـــق، لا في أصل الحق[١٥٠].

ونخلص من كل ما تقرر إلى أن أصل حق الشرب في هذا النوع من الماء الجـــاري ثابت للجميع، لكن يقدم في الاستيفاء الأول فالأول.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الماء الجاري في نهر مملوك: وهو قسمان:

الأول: أن يكون الماء مباح الأصل: مثل أن يحفر إنسان أو جماعة نهرا صغيرا يتصل بنهر كبير مباح الانتفاع به للجميع، فإن حق الشرب ثابت لأصحابه الذين قاموا بحفـــره خاصة، ويقسم بينهم على حسب نفقة الحفر[١٥١].

الثاني: أن يكون منبع الماء مملوكا: مثل أن يشترك جماعة في استنباط عين وإجرائها، فإنهم يملكونها أيضا، لأن ذلك إحياء لها، ويشتركون فيها وفي ساقيتها، على حسب مـــا

---

[١٤٨] النساء ٦٥، والحديث رواه البخاري، كتاب: التفسير، باب: فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم (١٦٧٤/٤/رقم٤٥٨٥)، ومسلم، كتاب:الفضائل، باب: وجوب اتباعه ﷺ (١٨٢٩/٤/رقم٢٣٥٧).

[١٤٩] رواه مالك في الموطأ، باب: القضاء في المرافق (٧٤٤/٢)، قال ابن عبد البر: لم يختلف في إرسال هذا الحديث في الموطأ، وقد روي مسندا من رواية أهل المدينة، الاستذكار (١٥١/٨)

مهزور ومذينيب: واديان من بالمدينة معروفان، يستويان، يسيلان بالمطر ويتنافس أهل المدينة في سيلهما، الاستذكار (١٥٢/٨)

[١٥٠] المغني (٣٤٠/٥)

[١٥١] كتر الدقائق بشرح تبيين الحقائق (٣٩/٦)، مجمع الأنهر (٥٦٢/٢)الذخيرة (١٦٢/٦)، منح الجليل (١٠٣/٨)، روضة الطالبين، النووي (٣٧٤/٤)، المغني (٣٤١/٥)

أنفقوا عليها، وعملوا فيها، فحق الشرب ثابت لمن استنبطها ويكون حقه على قـــدر مـــا أنفق عليها وعمل فيها[١٥٢].

وذكر المالكية للحالتين السابقتين استثناء؛ يثبت فيها حق الشرب لشخص لم يكن له يد في حفر نهر ولا في استنباط عين، وهي حالة ما إذا كان ماء النهر أو العين يجـــري في أرضه وزرع عليه، وصاحب الماء يعلم- قالوا ليس له المنع للأمور الآتية:

-قوله ﷺ :﴿**لا يمنع نقع بئر وهو الرهو**﴾[١٥٣] استدلالا بالعموم –للقاعدة النّاصّــة على أن النكرة في سياق النهي تعمّ-.

-قوله ﷺ :﴿ **لا ضرر ولا ضرار** ﴾[١٥٤]فإنه لما تركه يزرع على المـــاء الجـــاري في أرضه، وبعد وقوع الفعل أراد المنع كان مضارا فامتنع.

-أنه لما تركه يغرس على فضل مائه فقد تعين له بذلك حق فيه، فليس له إذا استغنى عنه أن يحبسه عنه، ولا أن يبيعه، إلى أن يحفر بئرا أو يستنبط عينا.

غير أن لذلك شروطا هي: أن يزرع على بئر له ثم تنهار، وأن يخشى هلاك زرعـــه على تقدير عدم دفع الماء، وأن يفضل الماء على صاحبه، وأن يشـــرع في عمـــارة بئـــره المنهارة[١٥٥].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثانيا: مياه الآبار: وهي على ضربين:

---

[١٥٢] بدائع الصنائع (٦/١٨٨-١٨٩)، الذخيرة (٦/١٦٢)، روضة الطالبين (٤/٣٧٤)، المغني (٥/٣٤٣)

[١٥٣] أخرجه الحاكم من طريق عبد الرحمن بن أبي الرجال، قال سمعت أبي يحدث عن أمه عمرة عن عائشة ﵂ عن النبي ﷺ ، قال عبد الرحمن: سمعت أبي يقول: إن الرهو أن تكون البئر بين الشركاء فيها الماء فيكون للرجل فيها فضل فلا يمنع صاحبه، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه، المستدرك (٢/٧٠)

[١٥٤] أخرجه مالك في الموطأ،كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرافق (٢/٧٤٥)، والبيهقي في سننه (٦/١٥٧)، وابن ماجه، أبواب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره (٢/٧٨٤/رقم٢٣٤١)، والدارقطني (٣/٧٧)، وأحمد (١/٣١٣)، والحاكم (٢/٦٦)، وصحَّحه الألبانيُّ في سلسلة الأحاديث الصَّحيحة (رقم٢٥٠).

قال الحافظ ابن حجر: «...مرسل...وله إسناد موصول في غرائب مالك للدارقطني من حديث عائشة، وصححه الحاكم، وأخرجه أبو داود وابن ماجة والطبريُّ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده؛ وإسناد كلٍّ منهما حسنٌ».(فتح الباري٥/٤٠).

[١٥٥] المدونة (٧/٢٤٠٢)، النوادر والزيادات، لابن أبي زيد القيرواني (١١/٣١)، البيان والتحصيل، لابن رشد الجد (١٠/٢٦١-٢٦٢)، الذخيرة (٦/١٦٦)

الأول: الآبار المحتفرة في الأملاك: كمن يحفر بئرا في مزرعته أو بستانه أو بيته، فإن شربها له وله منع غيره منه[١٥٦]، غير أن الحنابلة[١٥٧] قيدوا منع الشرب عن الغير في حال استغناء الناس عن ماء البئر لوجود غيره، أو لتضرر مالك البئر كخوف جفاف أو تلف ملكه من جراء دخول الناس إليه...، فإن لم يكن كل ذلك وجب عليه بذل الماء لشرب غيره؛ لقوله ﷺ ﴿ **لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ**﴾[١٥٨]، واختلف كذلك في وجوب بذل الفاضل للشفة - شرب الناس والبهائم- فأوجبه الجمهور: الحنفية والشافعية والحنابلة، بشرط عدم لحوق الضرر به، ولم يوجبه المالكية وأجازوا بذله بعوض[١٥٩].

الثاني: بئر الفيافي والبوادي للماشية:

وهي الآبار التي يحفرها الرجل ويصنعها في البراري أو المهامه لماشيته[١٦٠]، وهذه لا حق شرب فيها، وإنما الكلام فيها عن الشفة، وقد وقع الاتفاق فيها على أنها لا تباع ولا تورث بل حافرها أحق بمائها هو وورثته، وأن ما فضل لا يمنع، وأن من استغنى عن حظه منهم فليس له أن يعطيه أحدا[١٦١]؛ لحديث النبيّ ﷺ :﴿ **لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ**﴾، قال الفقيه أبو محمد –ابن أبي زيد القيرواني- روى مالك أن رسول الله ﷺ قال:﴿ **لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ**﴾ قال مالك: ومعنى ذلك في آبار الماشية؛ لأنه إذا منع فضل الماء لم يرع ذلك الكلأ الذي بذلك الوادي، إذ لم يجد ما يسقي به فصار منعا للكلأ[١٦٢].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[١٥٦] بدائع الصنائع (١٨٩/٦)، النوادر والزيادات (٧/١١)، روضة الطالبين (٣٧٣/٤)

[١٥٧] شرح منتهى الإرادات (٣٦٥/٢)

[١٥٨] البخاري، كتاب: المساقاة، باب: من قال إن صاحب الماء أحق بالماء (٨٣٠/٢)، رقم(٢٣٥٣)

[١٥٩] كنز الدقائق (٣٩/٦)، بدائع الصنائع(١٨٩/٦)، الذخيرة (١٦٧/٦)، مغني المحتاج (٥١٩/٣)، شرح منتهى الإرادات (٣٦٥/٢)

[١٦٠] البيان والتحصيل (٢٥٩/١٠)

[١٦١] النوادر والزيادات (٥/١١-٦)، المدونة (٢٤٠٢/٧)، روضة الطالبين (٣٧٢/٤)، مغني المحتاج (٥١٨/٣)، الإنصاف (٣٦٦/٦-٣٦٧)

[١٦٢] النوادر والزيادات (٥/١١)، وانظر المدونة (٢٤٠٢/٧)، البيان والتحصيل (٢٥٩/١٠-٢٦١)

خلاصة: من خلال ما سبق عرضه يتضح لنا أن حق الشرب إذا تعلق بالأنهار و الأودية العامة فإنه يثبت لكل صاحب أرض، وإنما الكلام فيمن يقدم في الاستيفاء، ويمكن القول أن هذا هو حق الشرب العام.

أما حق الشرب المتعلق بالمياه الجارية في الأراضي المملوكة سواء أكان أصل الماء مباحا، أم كان أصله مملوكا كالبئر والعين المستنبطة، فإنه يثبت لمن أجرى الماء إلى أرضه أو استنبط العين أو حفر البئر، فإن كانوا جماعة فإنه يثبت لهم كل على حسب مساهمته في نفقات الإجراء أو الاستنباط أو الحفر، ويمكن القول أن هذا هو حق الشرب الخاص[١٦٣].

المسألة الثانية: توريث حق الشرب:

نصّ الحنفية على أن حق الشرب يورث، وتنتقل ملكيته للورثة، وقال ابن عابدين موضحا تعليل ذلك:" لأن الملك بالإرث يقع حكما لا قصدا، ويجوز أن يثبت الشيء حكما وإن كان لا يثبت قصدا، كالخمر تملك حكما بالميراث، وإن لم تملك قصدا بسائر أسباب الملك"[١٦٤].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المسألة الثالثة: الاعتياض عن حق الشرب:

الذي تطرق إليه الفقهاء من صور الاعتياض في هذا الحق هي: بيعه، الصلح عليه، إجارته، هبته، وفيما يلي تفصيل القول في ذلك:

أولا: يجوز بيع حق الشرب تبعا للأرض التي تعلق بها، كما يجوز بيع الأرض واستثناء حق الشرب من العقد؛ حيث يبقى ملكا للبائع[١٦٥].

---

[١٦٣] درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/٦٦٤-٦٦٥)

[١٦٤] رد المحتار (٦/٤٤٥-٤٤٦)، كنز الدقائق بشرحه تبيين الحقائق (٦/٤٣)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٨/٢٤٦)، بدائع الصنائع (٦/١٨٩).

[١٦٥] رد المحتار (٦/٤٤٥)، كنز الدقائق بشرحه تبيين الحقائق (٦/٤٣)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٨/٢٤٦)

ثانيا: اتفق الفقهاء على أن حق الشرب العام لا يدخله الاعتياض، كونه ثابتا ابتداء لكل الناس[١٦٦].

ثالثا: محل الخلاف هو في الشرب الخاص: وقد اختلف العلماء في الاعتياض عن حق الشرب مجردا على قولين:

القول الأول: وهو مذهب المجيزين وهم المالكية[١٦٧] ومشايخ بلخ من الحنفية[١٦٨].

القول الثاني: وهو مذهب المانعين وهم الحنفية[١٦٩] في ظاهر الرواية عندهم والشافعية[١٧٠] والحنابلة[١٧١].

وبنى الحنفية على ذلك عدم جواز إجارة حق الشرب، والصلح عليه، وهبته وكذا التصدق به، غير أنهم استثنوا مسألة الوصية به فأجازوها مع أنها تمليك؛ وعللوا الجواز بأن الوصية تمليك لما بعد الموت، فهي أخت الميراث[١٧٢].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الأدلة: واستدل كل من الفريقين بما يلي:

أدلة القول الأول: استدل كل من المالكية ومشايخ بلخ من الحنفية على جواز الاعتياض عن حق الشرب بما يلي:

---

[١٦٦] منح الجليل (١٠٣/٨)، واكتفي بالعزو إلى مذهب المالكية كون المذاهب الأخرى لا ترى جواز الاعتياض في الشرب الخاص، فالمنع في الشرب العام من باب أولى.

[١٦٧] الذخيرة (١٦٨/٦)، المدونة (٢٤٠٣/٧-٢٤٠٤)

[١٦٨] تبيين الحقائق (٥٢/٤)، فتح القدير (٤٢٧/٦-٤٢٨)

[١٦٩] نفس المراجع السابقة ونفس الصفحات

[١٧٠] مغني المحتاج (٥٢١/٣)، روضة الطالبين (٣٧٤/٤)

[١٧١] المغني (٣٢٠/٤)، الإنصاف (٢٥٠/٥)

[١٧٢] كنز الدقائق بشرحه تبيين الحقائق (٤٣/٦)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٤٦/٨)، بدائع الصنائع (١٨٩/٦-١٩٠).

أدلة المالكية[١٧٣]: أن حق الشّرب ملك وهو معلوم عادة، فلا مانع من الاعتيــاض فيه[١٧٤]، جاء في الذخيرة للقرافي:" في الكتاب: يجوز شراء شرب يوم أو يومين من عين أو بئر دون الأصل وشراء أصل شرب يوما أو يومين من النهر، لأنه معلوم عــادة "[١٧٥]، وفي المدونة: " أرأيت إن اكتريت منك شرب يوم من كل شهر في هذه السنة من قناتك هذه بأرضي هذه تزرعها سنتك هذه؟ قال: لا بأس بهذا، لأنه لو اكترى أرضه بدين لم يكــن بذلك بأس فذلك إذا أكراها لشرب يوم من القناة في كل شهر "[١٧٦].

أدلة مشايخ بلخ من الحنفية: استدلوا بجملة أدلة هي:

-أنه نصيب من الماء وهو مال.

-أنه يضمن بالإتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته.

-أن له حصة من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف، فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب -بطلت شهادتهما؛ لاختلافهما في ثمن الأرض.

-أن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إليه، والقياس يترك للتعامل كما جُوِّز الســلم للضرورة والاستصناع للتعامل[١٧٧].

ايداع الرسائل الجامعية

أدلة القول الثاني:

استدل كل من الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية والحنابلة بما يلي:

أدلة الحنفية: وفيها الرد على أدلة مشايخ بلخ:

-أن المعاوضات تجري في الأموال ومن شروط المالية الحيازة، وحق الشرب لا يمكن

---

[١٧٣] سبب التفريق في عرض الأدلة بين أدلة المالكية وأدلة مشايخ بلخ من الحنفية رغم اتفاقهم في القول- يرجع إلى اختلاف منــزع كل من الفريقين في تناول هذه المسائل وذلك ما سيظهر أثناء الرسالة، فالقول متفق والمنطلق مختلف

[١٧٤] الذخيرة (١٨٦/٦)

[١٧٥] الذخيرة (١٦٨/٦)

[١٧٦] المدونة (٢٤٠٣/٧)

[١٧٧] تبيين الحقائق (٥٢/٤)، فتح القدير (٤٢٧/٦-٤٢٨).

حيازته فليس بمال ولا تصح فيه المعاوضات[١٧٨].

-أن ضمان حق الشرب مسألة خلافية، فلا يُلزم بها المخالف، فقد جاء في فتح القدير ما نصه:" وأما ضمانه بالإتلاف فهو بأن يسقي أرضه بشرب غيره، فهو رواية البزدوي، وعلى رواية شيخ الإسلام لا يضمن، وقيل يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع، وحينئذ فالإلزام به من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه، فلا يلزم المخالف "[١٧٩].

-أن حق الشرب هو اختصاص بمنفعة، والمنافع عندنا تقوم بالعقد، لذلك كان لحق الشرب نصيب من المال، كون الخلاف ورد بعد انعقاد البيع، فلا وجه للاستدلال به في هذه المسألة؛ لأنها تتعلق بإحداث عقد مبتدأ على منفعة مفردة وهي حق الشرب، وهذا هو وجه المنع عندنا.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

-تعامل أهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس، بل ذلك تعامل أهل البلاد؛ ليصير إجماعا، كالاستصناع والسلم فلا يقاس عليه، والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية، بل إن تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الأوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس[١٨٠].

أدلة الشافعية:

أن بيع حق الشرب مفردا فيه جهالة، وعدم قدرة على التسليم كون الماء يزيد شيئا فشيئا ويختلط المبيع بغيره فيتعذر التسليم[١٨١]، جاء في روضة الطالبين:" جاز لمالكه أخذ ثمنه (أي الماء) إذا باعه مقدرا بكيل أو وزن، ولا يجوز بيعه مقدرا بريّ الماشية ولا الزرع "[١٨٢].

[١٧٨] تبيين الحقائق (٥٢/٤)، فتح القدير (٤٢٩/٦)
[١٧٩] فتح القدير (٤٢٨/٦)
[١٨٠] تبيين الحقائق (٥٢/٤)، فتح القدير (٤٢٩/٦)
[١٨١] مغني المحتاج (٥٢١/٣)
[١٨٢] روضة الطالبين (٤/ ٣٧٤)

أدلة الحنابلة:

عند الحنابلة وإن كان صاحب حق الشرب أحق به، إلا أن الماء عندهم لا يملك؛ وما لا يملك لا يباع، وما لا يباع لا يجوز الصلح عليه، قال ابن قدامه:" وإن صالح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين، أو من عينه، وقدر بشيء يعلم به، فقال القاضي: لا يجوز لأن الماء ليس بمملوك، ولا يجوز بيعه، فلا يجوز الصلح عليه، ولأنه مجهول"[١٨٣].

التحليل:

الذي نلحظه من خلال ما سبق عرضه، أن فقهاء الحنفية تكلموا عن مسألة توريث حق الشرب، فأثبتوها لأنها تمليك بالحكم بعد الموت، وجدير بالذكر أن إثبات توريث الشرب يُعَدَّى إلى سائر حقوق الارتفاق كما نبه على ذلك الإمام أبو زهرة[١٨٤].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وأما الإسقاط بغير عوض فقد تقررت مشروعيته في ما سبق وكذا سببها.

ويبقى الكلام عن مسألة الاعتياض عن حق الشرب، فيمكن القول بأن الخلاف في هذه المسألة بين المذاهب الفقهية على ضربين:

الأول: بين المالكية والحنفية: والخلاف بينهم متجه إلى الاعتياض عن أصل الحق، فأجازه المالكية بناء على أنه ملك، بينما منع الحنفية من ذلك؛ لاشتراطهم المالية في جواز المعاوضات، وما دام الحق هو اختصاصا

.بمنفعة والمنفعة ليست مالا عندهم، فلم يجز الاعتياض عن حق الشرب.

الثاني: خلاف الشافعية والحنابلة: مدركه لا يتعلق بالاعتياض عن الحق كحق، وإنما هو مرتبط بموضوع هذا الحق، وفي المسألة التي بين أيدينا كان سبب المنع هو الجهالة وعدم

---

[١٨٣] المغني (٤/ ٣٢٠)

[١٨٤] الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة (٩٦)

امتلاك الماء، فهم وجّهوا نظرهم إلى الماء وليس إلى حق الشرب الذي هـــو الاختصـــاص بنصيب من الماء.

ويمكننا أن نجيب عمّا ذهبوا إليه بما يلي:

-أن دعوى الجهالة لا تسلّم، كون العقد يؤقت بالزمن، وحجم الماء يقدر بســـعة مجراه، وأهل الخبرة يحسنون تقدير ذلك، كما أن الجهالة تغتفر عندهم للحاجة، قال ابـــن قدامة:" ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدّر "[١٨٥].

-أن الماء ممّا يجوز أخذ العوض عنه في الجملة، بدليل ما لو أخذه في قربته أو إنائـــه، كما هو الحال عند السقّائين.

-أن الصلح على ما لا يجوز بيعه جائز، بدليل الصلح عـــن دم العمـــد وأشـــباهه، وكذلك الصلح على المجهول، قال المرداوي:"......ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليـــه، اختاره القاضي، وقدمه في الفروع، وقيل: يجوز، وهو احتمال في المغني والشـــرح ومـــالا إليه، قلت: وهو الصواب، وعمل الناس عليه قديما وحديثا "[١٨٦]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

أضف إلى كل ما سبق أن مسألة الاعتياض هي فرع عن التمليك، فمـــا جـــازت المعاوضة عليه جاز تمليكه وما لا فلا، إلا أن الحنفية استثنوا الوصية بالشرب من باقي صور التمليك الممنوعة، لأن الوصية أخت الميراث؛ فهي تمليك لما بعد الموت.

[١٨٥] المغني (٣٢٠/٤)

[١٨٦] الإنصاف (٢٥٠/٥)، وانظر المغني (٣٢٠/٤)

الفرع الثاني:

حق المرور

معنى المرور:

لغة:

قال ابن سيده: مرّ يمرّ مرورا جاء وذهب[١٨٧].

اصطلاحا:

لا يختلف المعنى الاصطلاحي للمرور عن المعنى اللغوي فهو يشمل الذهاب والمجيء في الطريق أي حق المشي فيه، ويعبر عنه الفقهاء كذلك بحق الاستطراق، لكن لما كانت الأحكام الفقهية المتعلقة بهذا الحق خاصة بنوع منه وهو ما إذا كان الطريق ملكا للغير وليس عاما، فإن المجلة قصرته على ذلك، فقد جاء فيها مانصه:" حق المرور هو حق المشي في ملك الغير وذلك بأن تكون رقبة الطريق مملوكة لشخص ولآخر الحق بأن يمر منها فقط "[١٨٨].

والذي أعتقده أن هذا التعريف غير جامع، وأن استصحاب المعنى اللغوي لحق المرور هو المطلوب، كما سيظهر ذلك عند سرد الأحكام المتعلقة بهذا الحق.

ويعتبر حق المرور حقا مجردا؛ لانفراده عن رقبة الطريق، فقد يثبت للشخص حق مرور في طريق رقبته ملك لشخص غيره، كما أن استعمال هذا الحق أو تركه لا يحدث أثرا في العين التي تعلق بها وهي رقبة الطريق.

الأحكام: وتتعلق بحق المرور أحكام هذا بيانها:

---

[١٨٧] لسان العرب المحيط لابن منظور (٣/ ٤٦٤).

[١٨٨] درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٢٠)

المسألة الأولى: ثبوت حق المرور:

يتعلق حق المرور بالطريق، وهذا الأخير أنواع، لذلك سنعرض للأحكام المتعلقة بحق المرور على حسب نوع الطريق:

أولا: الطريق العام:

لكل أحد حق المرور في الطريق العام؛ لكن بشرط السلامة؛ أي عدم إلحاق الضرر بالآخرين، وهذا الحق يتساوى فيه جميع الناس سواء كانوا من سكان البلدة أو غيرها ويجوز المرور بالطريق العام راجلا أو راكبا[189].

وشرط السلامة (أي عدم إلحاق الضرر بالآخرين): راجع إلى أن الطريق العام ملك مشترك لعموم الناس، فيعدّ المار في الطريق العام كصاحب حصة فيه، وهو من وجه يتصرف في ملكه، ومن وجه آخر يتصرف في ملك الغير، فيلزمه مراعاة حق الطرفين والمساواة بينهما، لذلك أُعطي حقُّ المرور لكل أحد بشرط السلامة.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وفي مثل حكم الطريق العام، الطريق النافذ.

ثانيا: الطريق غير النافذ:

الطريق غير النافذ ملك من نفذت أبوابهم إليه، لا من لاصقه جدرانهم من غير نفوذ أبوابهم إليه، فمن نفذت أبوابهم إلى هذا الطريق هم المستحقون للانتفاع به، وهم الملاّك دون غيرهم.

فحق المرور إذن ثابت لأصحاب هذا الدرب دون غيرهم، وتكون شركة كل منهم من رأس السكة إلى بابه لا إلى آخرها، لأن ذلك محل تردّده غالبا بخلاف باقيها، أي أن حق المرور يثبت لكل شخص من أهل الدرب، من رأس السكة إلى بابه[190].

---

[189] درر الحكام (٦٢١/٢) ، روض الطالب بشرحه أسنى المطالب (٢١٩/٢)، التاج والإكليل (١٤٦/٧)

[190] تبيين الحقائق (٣٧/٥)، روض الطالب بشرحه أسنى المطالب (٢٢١/٢)، مغني المحتاج (١٧٤/٣)، بناء على أن الطريق النافذ ملك لأهله والتصرف في ملك الغير لا يجوز، انظر الموسوعة الفقهية (٣٥٤/٢٨)

وقد أثبت الحنفية لعموم الناس حقا في الطريق غير النافذ المتصل بالطريق العام، وهو الدخول إليه في حال الازدحام، وبنوا على ذلك أحكاما، جاء في درر الحكام:" للمــارّين في الطريق العام، حق الدخول في الطريق الخاص المتصل مدخله بالطريق العام، عند كثــرة الازدحام. ويفهم من تعبير كثرة الازدحام، أنه لما كان المرور من الطريق الخــاص؛ هــو استعمال ملك الغير بلا إذن، فليس لمن ليس له حق المرور في الطريق الخاص المرور مــن تلك الطريق ما لم تكن ضرورة وأسباب، ككثرة الازدحام، انظر المادة (٩٦٠)، فلذلك لا يسوغ لأصحاب الطريق الخاص؛ أن يبيعوه بالاتفاق، أو يقتسموه بينهم، أو يلحقــوه بدورهم، أو يحفروا فيه بئرا أو يسدوا مدخله "[191].

خلافا للشافعية الذين أجازوا سدّه، قال الخطيب الشربيني:" ولو اتفقوا على ســد رأس السكة لم يمنعوا منه، ولم يفتحه بعضهم بغير رضا الباقين، نعم إن سدّه بآلة نفســه خاصة فله فتحه بغير رضاهم "[192].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثالثا: ما لو كان لشخص أرض أو عقار خلف أرض غيره، وليس له طريق إلى ملكه إلا بالمرور بأرض غيره، فهل يثبت له حق المرور في ملك الغير؟

ليس له هذا الحق اتفاقا إلا بإذن صاحب الأرض؛ لأنه ليس له أن يتصرف في ملك غيره دون رضاه[193].

وقد ورد ما يخالف هذا ظاهريا عند الشافعية، إلا أن الخطيــب الشــربيني وجهــه فقال:" ما قاله الأصحاب من أنه يجوز المرور بملك غيره؛ إذا لم يصر به طريقا للناس قالــه العبادي في طبقاته، وعليه يحمل إطلاق الأكثرين الجواز، وظاهرٌ أن محله فيما جرت العادة بالمسامحة بالمرور فيه "[194].

---

[191] درر الحكام (٢٣٨/٣)

[192] مغني المحتاج (١٧٤/٣).

[193] درر الحكام (٦٢٢/٢)، مغني المحتاج (١٧٤/٣)

[194] مغني المحتاج (١٧٤/٣-١٧٥)، روض الطالب بشرحه أسنى المطالب (٢٢١/٢)

هذا وللمبيح حق الرجوع عن إباحته، كون الضرر لا يلزم بالإذن والرضا، فـــإذا لم يكن لشخص حق المرور في ملك غيره، وأُذن له في ذلك، فللمالك بعد ذلك أن يمنعه من المرور إذا شاء[١٩٥].

وقد ذكر الشافعية تفريعات أخرى لها صلة بموضوعنا يحسن ذكرها، قال النووي:" من له حق المرور في محل معين من ملك غيره لو أراد غيره نقله إلى محل آخر منه لم يجز إلا برضا المستحق، وإن استوى الممران من سائر الوجوه، لأن أخذه بدل مستحقه معاوضـــة، وشرطها الرضا من الجانبين، وكذا لو اتسع الممر بزائد على حاجة المرور فهـــل للمالـــك تضييقه بالبناء فيه؟ الذي يظهر الجواز إن علم أنه لا يحصل للمارة تضرر بذلك التضـــييق وإن فرض الازدحام، وإلا فلا "[١٩٦].

خلاصة:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

بعد هذا العرض الموجز؛ يمكن القول أن حق المرور يثبت لكل الناس إذا كان الطريق عاما أو نافذا، وهذا هو حق المرور العام، وأنه في الطريق غير النافذ لا يثبت إلا لأهله كما هو الحال في سائر الأملاك، وهذا هو حق المرور الخاص.

الحكم الثاني: الاعتياض عن حق المرور:

اختلف العلماء في الاعتياض عن حق المرور الخاص على قولين:

القول الأول: وهم المجيزون: وهو مـــذهب جمهـــور العلمـــاء مـــن المالكيـــة[١٩٧] والشافعية[١٩٨] والحنابلة[١٩٩] ورواية ابن سماعة من الحنفية[٢٠٠].

---

[١٩٥] درر الحكام (٢٤٢/٣)

[١٩٦] المنهاج بشرحه تحفة المحتاج (٢٤٠/٥)

[١٩٧] المدونة(٢٢٦/٤)، التاج والإكليل (٨٤/٦)، منح الجليل ()

[١٩٨] المنهاج بشرحه تحفة المحتاج (٢٣٩/٥-٢٤٠)، تحفة المحتاج (٢١٥/٤)

[١٩٩] الإنصاف (٢٥١/٥)، كشاف القناع (٤٠٣/٣)

[٢٠٠] فتح القدير (٤٣٠/٦)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٧٢/٢)، نصب الراية (٤٦٥/٤)، الفتاوى الهندية (٢٩٤/٦)، العناية (٤٢٩/٦)، غمز عيون البصائر (٣٧١/١)

جاء في المدونة:" قلت أرأيت إن اشترى رجل من رجل ممره في داره من غير أن يشتري من رقبة البنيان شيئا أيجوز هذا أم لا في قول مالك؟ قال: ذلك جائز "[٢٠١].

وفي المنهاج:" من المنافع شرعا حق الممر بأرض أو على سطح وجاز كما يأتي في الصلح تملكه بالعوض على التأبيد بلفظ البيع"[٢٠٢].

وفي الإنصاف:" ويجوز أن يشتري ممرا في دار "[٢٠٣].

القول الثاني: وهم المانعون: وهو ظاهر مذهب الحنفية[٢٠٤].

الأدلة: واستدل كل من الفريقين بما يلي:

أدلة القول الأول:

دليل رواية ابن سماعة من الحنفية:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

جعل لحق المرور نصيب من الثمن في بعض الفروع منها:

" دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فإنه لا حق له في غير الطريق، فإذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن، لأن صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤوس، لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع "[٢٠٥].

دليل الجمهور:

---

[٢٠١] المدونة (٤/٢٢٦)

[٢٠٢] المنهاج بشرحه تحفة المحتاج (٥/٢٣٩-٢٤٠)

[٢٠٣] الانصاف (٥/ ١٨٧)، كشاف القناع (٣/٤٠٣)

[٢٠٤] فتح القدير (٦/٤٣٠)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/١٧٢)، نصب الراية (٤/٤٦٥)، الفتاوى الهندية (٦/٢٩٤)، العناية (٦/٤٢٩)، غمز عيون البصائر (١/٣٧١)

[٢٠٥] العناية شرح الهداية (٦/٤٢٩)

أن حق الممر ملك لصاحبه فجاز له أخذ العوض عليه[٢٠٦]، كما أن الحاجة تدعو إليه ومعلوم أن تملك المنافع على التأبيد جائز إذا دعت الحاجة إليه، قال النووي في المنهاج :" من المنافع شرعا حق الممر بأرض أو على سطح وجاز كما يأتي في الصلح تملكه بالعوض على التأبيد بلفظ البيع- مع أنه محض منفعة إذ لا تملك به عين- للحاجة إليه على التأبيد، ولذا جاز ذلك بلفظ الإجارة أيضا دون ذكر مدة "[٢٠٧].

أدلة القول الثاني:

استدل الحنفية في ظاهر مذهبهم بأن المرور من الحقوق وبيع الحقوق على الانفراد لا يجوز[٢٠٨].

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يلي: أن دعوى عدم جواز بيع الحقوق على الانفراد تحتاج إلى إثبات فلا يمكن أن يحتج بها إذا.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

التحليل:

الذي نلحظه من خلال ما سبق عرضه، أن هناك اطرادا في مذهب الحنفية الذي يقتضي أن الحق إذا تجرد عن أصل الملك لم تجز المعاوضة عليه، وكذا في مذهب المالكية القاضي بأن الحق إذا كان ملكا جازت المعاوضة عليه.

بينما نلحظ جديدا في مذهب الشافعية والحنابلة؛ وهو أن المنفعة المتعلقة بعين مالية تجوز المعاوضة عليها، أضف إلى ذلك أن الجهالة تغتفر في المنفعة التي تدعو حاجة الناس إليها، ولذلك جازت المعاوضة عليها غير مقدّرة إذا كانت ملكا.

---

[٢٠٦] الذخيرة (١٨٦/٦)

[٢٠٧] المنهاج بشرحه تحفة المحتاج (٢٣٩/٥-٢٤٠)

[٢٠٨] العناية شرح الهداية (٤٢٩/٦)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٧٣/٢)، الفتاوى الهندية (٢٩٤/٦)، غمز عيون البصائر (٣٢١/١)

الفرع الثالث:

حق التّسييل

معنى السيل:

حق المسيل حق جريان الماء والسيل من دار إلى الخارج؛ أي أن يكون المحل الـــذي يسيل إليه الماء ملكا لغير صاحب الدار، ولصاحب الدار حق الإسالة إلى ذلك المحل فقط.

والمسيل هنا مصدر ميمي ويطلق على المحل الذي يسيل الماء منه، وحق المسيل بمعنى حق التسييل أو حق الإسالة[٢٠٩].

هذا ويعد حق المسيل حقا مجردا لثبوته منفردا عن أصل الملك، فيثبت للإنسان حق التسييل على سطح أو أرض وهما ملك لشخص آخر، أوهما ملك عام، كما أن استعمال هذا الحق لا يحدث أثرا على السطح أو الأرض.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الأحكام: وتتعلق بهذا الحق أحكام هذا بيانها:

المسألة الأولى: ثبوت حق التسييل:

ما دام حق التسييل متعلقا بالمكان الذي سيطرح فيه الماء المسيّل عبر الميزاب؛ فإننـــا سنعرض لأحوال ثبوت هذا الحق بحسب مكان التسييل:

أولا: إخراج الميزاب إلى الطريق العام أو الدرب النافذ:

إخراج الميزاب إلى الطريق العام أو الدرب النافذ؛ حق ثابت لكـــل النـــاس عنـــد المالكية[٢١٠] والشافعية[٢١١] ورواية عند الحنابلة[٢١٢]، بشرط عدم الإضرار بالمارة؛ لأن المقصود الأول للطريق هو المرور؛ وأصل هذا كله ما ثبت أن عمر ﷺ اجتاز على دار العباس ﷺ

---

[٢٠٩] درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١٢١/١)

[٢١٠] التاج والإكليل (١٤٥/٧)

[٢١١] مغني المحتاج (٣م١٧١)

[٢١٢] المغني (٣٢٣/٤)

، وقد نصب ميزابا على الطريق؛ فقلعه، فقال العباس تقلعه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده؟ فقال:" والله لا نصبته إلا على ظهري، وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه"[٢١٣]، وما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله؛ ما لم يقم دليل على اختصاصه به، كما أن الحاجة تـدعو إلى ذلك، ولا يمكن ردّ مائه إلى الدار، أضف إلى ذلك أن الناس يعملون ذلك في جميع بـلاد الإسلام من غير نكير.

ومنع الحنفية[٢١٤] والحنابلة[٢١٥] في ظاهر مذهبهم من ذلك واستدلوا بما يلي:

-أن هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجز كما لـو كـان الطريق غير نافذ.

-أنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجز، فإن الماء قد يقع على المارة، وربما جـرى فيـه البول أو ماء نجس فينجسهم، ويزلق الطريق.

-الحديث قضية عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ، أو تجددت الطريق بعـد نصبه.

ويجدر التنبيه إلى أن المنع يرتفع بإذن الإمام.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

كما أنه يمكن القول بأن إخراج المسيل أو الميزاب اليوم أصبح لا يضر بالطرق؛ لأنه يدفن في الأرض، فارتفع بذلك ما بنى عليه الحنابلة والحنفية المنع؛ وهو الإضرار بالمارة.

ثانيا: إخراج الميزاب إلى الطريق غير النافذ:

إخراج الميزاب إلى الطريق غير النافذ؛ حق ثابت لأصحاب هذا الـدرب، ولـيس لغيرهم فعل ذلك اتفاقا[٢١٦].

---

[٢١٣] لم أجد هذا الأثر إلا في المغني (٣٢٣/٤).

[٢١٤] البدائع (٤٩٤/٦)

[٢١٥] المغني (٣٢٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (١٤٩/٢)، كشاف القناع (٤٦/٣)

[٢١٦] مغني المحتاج (١٧٣/٣)، شرح منتهى الإرادات (١٥٠/٢)، كشاف القناع (٤٠٧/٣)

ثالثا: تسييل الماء على سطح شخص أو على أرضه:

تسييل الماء على سطح شخص أو على أرضه؛حق لا يثبت لغير صاحب السطح أو الأرض، فإن أراد شخص آخر فعل ذلك؛ لم يكن له ذلك دون إذن صاحب السطح أو الأرض، مهما بلغت حاجته وهذا عند الجميع[٢١٧].

الحكم الثاني: الاعتياض عن حق التسييل:

تطرق العلماء إلى مسالة بيع حق التسييل- الذي يكون في الطريق غير النافذ أو في ملك الغير- وإجارته والصلح عليه. فنقول:

أولا: حق التسييل المتعلق بالطريق العام أو الدرب النافذ؛ لا تدخله صور الاعتياض؛ كونه ثابتا ابتداء لكل الناس عند من أثبت ذلك.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

ثانيا: الكلام في الاعتياض عن حق التسييل الخاص:

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهم المجيزون: وهو مذهب جمهور العلماء من المالكية[٢١٨] والشافعية[٢١٩] والحنابلة[٢٢٠]، بشرط معرفة السطوح والأراضي التي يجري الماء منها وإليه ولا يشترط معرفة مقدار الماء الذي سيسيل.

غير أن الشافعية قصروا ذلك على ماء المطر ومنعوا من غيره ؛ أي ما يصرف من المراحيض؛ لأن الحاجة لا تدعوا إلى ذلك.

قال ابن قدامه: " وإن صالح رجلا على إجراء ماء سطحه، أو في أرضه عن سطحه أو في أرضه عن أرضه، جاز إذا كان ما يجري ماؤه معلوما، إما بالمشاهدة، وإما بمعرفة

---

[٢١٧] روضة الطالبين (٤٥٤/٣)، شرح منتهى الإرادات (١٤٧/٢)، كشاف القناع (٤٠٧/٣)

[٢١٨] منح الجليل (٤٧٥/٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٦/٧)، مواهب الجليل (٣٧٩/٥)،

[٢١٩] أسنى المطالب (٢٢٦/٢)، مغني المحتاج (١٨٥/٣)

[٢٢٠] المغني (٣٢٠/٤)، كشاف القناع (٤٠٢/٣)، شرح منتهى الإرادات (١٤٦/٢)

المساحة، لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره، ولا يمكن ضبطه بغير ذلك، ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء إلى السطح لأن ذلك يختلف ولا يفتقر إلى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو إلى ذلك "[٢٢١].

وفي أسنى المطالب: " فصل يجوز بيع حق إجراء ماء المطر لا غيره من سطح المشتري على السطح، أي سطح البائع ليترل الطريق، وإجارته وإعارته، كما يجوز ذلك على الأرض هذا إن عرفت السطوح التي يجري الماء منها وإليها "[٢٢٢].

وذكر الشافعية أن العقد إن وجه إلى الحق أنه عقد فيه شائبة بيع وإجارة، قال الخطيب الشربيني : " والأوجه فيما إذا وجهه إلى الحق أنه عقد فيه شائبة بيع وإجارة "[٢٢٣].

وذكر الإسنوي شرطا آخر لجواز كل هذا وهو أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلا بمروره على سطح جاره[٢٢٤].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

القول الثاني: وهم المانعون وهو مذهب الحنفية[٢٢٥]

الأدلة: واستدل كل من الفريقين السابقين على مذهبه بما يلي:

أدلة القول الأول: استدل الجمهور على جواز بيع حق التسييل مجردا؛ بأن هذا الحق من المنافع الشرعية، والعقد على المنافع جائز شرعا، واغتفرت الجهالة فيه للحاجة.

قال ابن قدامه: " ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر "[٢٢٦].

---

[٢٢١] المغني (٣٢٠/٤)

[٢٢٢] أسنى المطالب (٢٢٦/٢)

[٢٢٣] أسنى المطالب (٢٢٧/٢)، مغني المحتاج (١٨٥/٣)

[٢٢٤] نفس المراجع والصفحات

[٢٢٥] فتح القدير (٤٦٩/٦)، درر الحكام (١٩١/١)، تبيين الحقائق (٥٢/٤)، العناية شرح الهداية (٤٢٩/٦)، مجمع الأنهر (٥٩/٢-٦٠)

[٢٢٦] المغني (٣٢٠/٤)، كشاف القناع (٤٠٢/٣)

وفي أسنى المطالب: " ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر لأنه لا يمكن معرفته، وهـذا عقد جوز للحاجة"[٢٢٧].

أدلة القول الثاني:

استدل الحنفية على مذهبهم بما يلي:

أن هذا الحق ليس بمال لأنه يفتقر إلى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعه فلا يصح الصلح عليه.

وقد ذكر الحنفية فروقا بين حق التسييل وحق المرور على الرواية المجيزة:

-أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق.

-أما التسييل: فإن كان على السطح؛ فهو نظير حق التعلي؛ لا يجوز بيعه باتفـاق الروايات، كما أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء، وإن كان على الأرض: وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض لغيره؛ فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء[٢٢٨].

التحليل:

والقول في حق التسييل هو عين القول في حق المرور، وفيه تأكيد لما قُرِّرَ من مذهب الشافعية والحنابلة.

[٢٢٧] أسنى المطالب (٢/٢٢٦)

[٢٢٨] فتح القدير (٦/٤٢٩)، درر الحكام (١/١٩١)، تبيين الحقائق (٤/٥٢)، العناية شرح الهداية (٦/٤٢٩-٤٣٠)، مجمع الأنهر (٢/٥٩-٦٠)

الفرع الرابع:

حق المجرى

أولا: صورة المسألة:

وصورة المسألة ما إذا كان لإنسان أرض، ولا يمكنه إيصال الماء إليها إلا بإجرائه في أرض غيره، فهل له حق الإجراء أم يحتاج إلى إذن صاحب الأرض التي سيجري الماء فيها؟

اتفق رأي المذاهب الأربعة[٢٢٩] على أن ليس للإنسان حق إجراء الماء إلى أرضه عبر أرض غيره دون إذنه، ذلك أنه ليس للإنسان أن ينتفع بما هو ملك لأخيه دون طيب نفس منه لقول النبي ﷺ :《 **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**》[٢٣٠].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

كما أن مثل هذه الحاجة لا تبيح مال غيره، بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها، ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة قبل هذه الحاجة[٢٣١].

هذا وفي مذهب الحنابلة[٢٣٢] قول بأن ذلك جائز، وأن صاحب الأرض التي يراد إجراء الماء فيها يجبر على الإذن بذلك؛ لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض، فأراد أن يمرّ به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى، فقال له الضحاك: لم تمنعني وهو منفعة لك؛ تشربه أولا وآخرا، ولا يضرك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر، فدعا محمد بن مسلمة وأمره أن يخلّي سبيله، فقال محمد: لا والله، فقال له عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه

---

[٢٢٩] المدونة (٤/٤٧١)، النوادر والزيادات (١١/٥٤)، المنتقى (٦/٤٦)، روضة الطالبين (٤/٢٢١)، المغني (٤/٣٢١)، الإنصاف (٥/٢٤٨)، رد المحتار (٦/٤٤٣)

[٢٣٠] أخرجه الحاكم في مستدركه (١/١٧١/رقم: ٣١٨)الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج: ٢ ص: ٢٠١أخرجه الدارقطني بإسناد جيد وأخرج له شاهدا من حديث أنس بإسنادين ضعيفين،وانظر التلخيص الحبير (٣ / ٤٥-٤٦).

[٢٣١] انظر المغني (٤/٣٢١)

[٢٣٢] المغني (٤/٣٢١)، الإنصاف (٥/٢٤٩)

وهو لك نافع، تشربه أولا وآخرا؟ فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولــو على بطنك، فأمر عمر أن يمر به ففعله[٢٣٣].

وردّ على ذلك بأن قول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للأصول[٢٣٤].

وللإمام مالك توجيه جميل لقضاء عمر ﷺ مفاده: أن قضاء عمر بن الخطاب يصلح لزمانه وما شابهه حيث كان الصلاح منتشرا، ومحمد بن مسلمة متعســف في اســتعمال حقّه، فكان قضاء عمر ﷺ على وجه الإرفاق بالضحاك بن خليفة، ومثل هذا الحكــم لا ينبغي أن يعمم في كل الأحوال، لاسيما حال فساد الناس، خشية أن يدّعي صاحب حق الإجراء حقا في ملك غيره، وأنه يُستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفساد.

قال ابن القاسم عن مالك في رجل له ماء وراء أرضي وله أرض دون أرضي فأراد أن يجري ماءه إلى أرضه في أرضي، قال مالك: فليس ذلك له، قال: ولو كان له مجرى في أرضك، أو دارك، فأراد أن يحوله إلى موضع آخر من أرضك هو أقرب إلى أرضه لم يكن له ذلك، ولم يأخذ بما روي عن عمر في ذلك، قال عنه أشهب: كان يقال: يســتحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور، قال مالك وأحدثه من يوثق برأيه، ولو كـــان الشأن معتدلا في أزمنتنا هذه كما عند الذي في زمن عمر رأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك، لأنك تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك، ولكن فسد الناس واستحقوا الــتّهم ويخاف أن يطول الزمن وينسى ما كان عليه جري الماء، وقد يدعي جارك عليــك بــه دعوى في أرضك، وقال ابن كنانة نحوه، لا يقضى بحديث الضحاك بن خليفة لأن النـــاس قد فسدوا[٢٣٥].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وأما إذا كان للإنسان مجرى ماء في أرض غيره من قديم ولم يعرف سبب استحقاقه له؛ فليس لصاحب الأرض منعه من ذلك وإنما القديم يبقى على قدمه[٢٣٦].

---

[٢٣٣] رواه مالك في الموطأ ، كتاب:الأقضية، باب القضاء في المرافق(٢/٧٤٦/رقم: ١٤٣١)

[٢٣٤] المغني (٤/٣٢١)

[٢٣٥] النوادر والزيادات (١١/٥٤)، وانظر المدونة (٤/٤٧١)

[٢٣٦] رد المحتار (٦/٤٤٣)

ومن ذلك ما ذكر عن أشهب أنك إن أحييت بعده بين بئره وأرضه له إجراء الماء في أرضك لأنك منعته حقه[٢٣٧].

ثانيا: الاعتياض عن حق المجرى:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: مذهب المجيزين وهم جمهور العلماء من المالكيـــة[٢٣٨] والشـــافعية[٢٣٩] والحنابلة[٢٤٠]، وقد نصوا على جواز الاعتياض عن حق المجرى.

وجعل المالكية ذلك من قبيل البيع.

بينما اعتبر الشافعية والحنابلة ذلك من قبيل الصلح، وخرّجوه على أنــه إجــارة، يشترط فيها تقدير المدة، وأن تكون الساقية محفورة؛ لأن المستأجر لا يملك حفرها في ملك غيره، وأما تقدير كمية الماء فلا يشترط؛ لأن تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فإنــه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

القول الثاني: وهو مذهب الحنفية[٢٤١]، وفيه عدم جواز الاعتياض عن حق المجــرى، وقد جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام ما يفيد أن القول في حق المجرى كـــالقول في حق المسيل.

التحليل:

وما قيل في حق المرور يقال هنا في حق المجرى.

---

[٢٣٧] النوادر والزيادات (١١/٥٥)، المنتقى (٦/٤٦)

[٢٣٨] الذخيرة (٦/١٨٦)

[٢٣٩] بحر المذهب للروياني (٨/٤٩-٥٠)، روضة الطالبين (٤/٢٢١-٢٢٢)، مغني المحتاج (٣/١٨٥)

[٢٤٠] المغني (٤/٣٢٠)، الإنصاف (٥/٢٤٨)

[٢٤١] درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/٢٣٩)

الفرع الخامس:

حقّ التّعلّي

أولا: معنى التّعلّي

لغة:

أصله من علا، وعُلْوُ كل شيء وعِلْوَه وعَلْوَه وعُلاَوَته وعَاليه وعَاليَتَه: أرفعه، يتعدى إلى الفعل بحرف وبغير حرف، كقولك: قعدت عُلْوَهُ وفي عُلْوِه.

قال ابن السّكّيت: سِفْلُ الدار وعِلْوُهَا، وسُفْلُهَا وعُلْوُهَا[٢٤٢].

اصطلاحا:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أما معنى العلو في الاصطلاح، فلا يخرج عن المعنى اللغوي، إذ يراد به عند الفقهـاء: رفع بناء فوق بناء آخر[٢٤٣].

وعدّ حق التعلي من الحقوق المجردة كونه يحتمل الانفراد عن أصل الملك، فيكـون لمالك هذا الحق، حق القرار فقط على بناء لمالك آخر، دون أن يتملك شيئا مـن سـطح السفل، أو السفل نفسه.

ثانيا: الأحكام:

أظهر مسألة متعلقة بحق التعلي تناولها الفقهاء بالبحث، هي مسألة بيع هـذا الحـق مفردا عن أصل البناء، وقبل الشروع في عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة، يمكننا قـول ما يلي:

---

[٢٤٢] لسان العرب المحيط، لابن منظور،(٢/٨٧٤) دار صادر بيروت

[٢٤٣] الموسوعة الفقهية (١٢/٢٦٢)

- أجاز الفقهاء جميعا بيع العلو مفردا دون السفل، إذا كان العلو بناء قائما، وقرروا أنه إذا انهدم هذا العلو بعد التقابض فإن حق التعلي يبقى قائما للمشتري[٢٤٤]، وفرعوا على ذلك فروعا وأحكاما ليس هذا مجال بحثها، فلتنظر في مظانها من كتب الفقهاء.

وذهب الحنفية إلى أن العلو لو انهدم قبل التقابض بطل البيع؛ لأنه لم يبق إلا حق التعلي، وهو مما لا يجوز إفراده بالعقد عندهم كما سيأتي[٢٤٥].

بيع حق التعلي مفردا:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو مذهب الجمهور من المالكية[٢٤٦]، والشافعية[٢٤٧]، والحنابلة[٢٤٨]: حيث قرروا جواز بيع حق التعلي مفردا، بشرط الاتفاق على وصف البناء الذي سيبنى باستعمال هذا الحق، من طول ونوع لبن، وما شابه من الأمور التي تضبط نوع البناء؛ ومدرك هذا الشرط: هو منع وقوع الضرر بصاحب السفل، وذلك إذا تمادى صاحب العلو في استعمال حقه، وهذا ما لا يجوز شرعا[٢٤٩].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

وفرع المالكية على ذلك؛ أن مبتاع حق العلو، لايجوز له بيع ما على سقفه للبناء؛ إلا بإذن البائع، فهو _ مشتري حق التعلي - مالك لما فوق بنائه من الهواء؛ إلا أنه لا يتصرف فيه بالبناء لحق البائع في الثقل[٢٥٠].

---

[٢٤٤] فتح القدير (٦/٤٢٩)، رد المحتار (٥/٥٢)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٦/٨٨)

[٢٤٥] فتح القدير (٦/٤٢٩)

[٢٤٦] شرح مختصر خليل للخرشي (٥/٢١)، التاج والإكليل (٦/٤٨)، مواهب الجليل (٤/٢٧٥)، حاشية الدسوقي (٣/١٤)

[٢٤٧] الحاوي (٦/٤١١-٤١٢)، مغني المحتاج (٣/١٨٠)

[٢٤٨] الفروع (٤/٢٧٦)، الإنصاف (٤/٢٧٠)، و(٥/٢٥١)، شرح منتهى الإرادات (٢/١٤٧)، كشاف القناع (٣/٤٠٣)

[٢٤٩] شرح مختصر خليل للخرشي (٥/٢١)، مواهب الجليل (٤/٢٧٥)، الحاوي (٦/٤١٢)، مغني المحتاج(٣/١٨١)، شرح منتهى الإرادات (٢/١٤٧)، كشاف القناع (٣/٤٠٣)

[٢٥٠] شرح مختصر خليل للخرشي (٥/٢١)، مواهب الجليل (٤/٢٧٦)

ومستند مذهب الجمهور: هو أن حق التعلي ملك ، وما دام كذلك جازت فيه صور المعاوضات كغيره من الأملاك[٢٥١].

وذكر الشافعية أن هذا العقد فيه شوب بيع وشوب إجارة، فشوب البيع لكونه مؤبدا، وشوب الإجارة لأن المستحق به منفعة فقط، إذ لا يملك المشتري فيه عينا -أي السطح_،ويسمى عندهم حق البناء.

وأجازوا ذلك أيضا في الأرض يشتري الرجل فيها حق البناء فقط، واشترطوا لذلك بيان المكان وقدر الحفر لغرض وضع الأساسات[٢٥٢]، ووافقهم المالكية[٢٥٣] في ذلك؛ وعدم اشترطهم الوصف؛ يرجع إلى أن الأرض تتحمل ثقل البناء مهما بلغ.

القول الثاني:وهو مذهب الحنفية[٢٥٤]:

قرر الحنفية عدم جواز بيع حق التعلي مفردا، واستدلوا بما يلي:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

١-أن حق التعلي ليس بمال ولا هو متعلق بمال، بل هو حق متعلق بالهواء ولذلك لم يجز بيعه، لأن محل البيع المال وهو ما يمكن إحرازه وقبضه، والهواء لا يمكن إحرازه وبيعه[٢٥٥].

٢-أن حق التعلي مادام متعلقا بالهواء فهو معدوم وبيع المعدوم لا يجوز[٢٥٦].

٣-أنه حق من الحقوق؛ وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز[٢٥٧].

---

[٢٥١] شرح منتهى الإرادات (٤٠٣/٣)

[٢٥٢] الحاوي (٤١٢/٦)، مغني المحتاج (١٨١/٣)

[٢٥٣] حاشية الدسوقي (١٤/٣)، بلغة السالك لأقرب المسالك (٣٠/٣)

[٢٥٤] تبيين الحقائق (٥١/٤-٥٢)، العناية شرح الهداية (٤٢٧/٦-٤٢٨)، فتح القدير (٤٢٧/٦-٤٢٨)، رد المحتار (٥٢/٥)

[٢٥٥] نفس المراجع السابقة

[٢٥٦] درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١٨١/١)

[٢٥٧] تبيين الحقائق (٥٢/٤)

وذكر الحنفية فرقا بين حق المرور على الرواية التي نصت على جواز بيعه مفـــردا، وبين حق التعلي، مفادها: أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى، وهو البناء فأشبه المنـــافع- والمنافع عند الحنفية لا يجوز الاعتياض عنها كونها ليست مالا كما سيأتي بيانه- أما حـــق المرور فيتعلق بعين تبقى وهي الأرض فأشبه الأعيان[٢٥٨].

ويمكن الرد على استدلال الحنفية بما يلي:

١-أن محل البيع في حق التعلي هو حق القرار على السطح، وهذه منفعة متعلقة بعين وهي مال، فلا وجه للقول بأنه متعلق بالهواء، ولا أنه بيع معدوم.

٢-أن القول بأن بيع الحقوق بالانفراد لا يجوز، غير وجيه لكون هذه القاعدة محـــل خلاف بين الحنفية والجمهور فلا يلزمهم الاستدلال بها.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

التحليل:

وما قيل سابقا يقال هنا كذلك.

---

[٢٥٨] درر الحكام شرح غرر الأحكام(٨٩/٦)، رد المحتار(٨٠/٥)

الفرع السادس:

الحق المتعلق بالجدار

صورة المسألة:

ذكر الفقهاء جملة من المنافع المتعلقة بالجدار المملوك، من وضع خشب عليه، أو غرز وتد، أو فتح كُوَّة أو باب، ممّا لا يرفع ملك صاحبه عن هذا الجدار.

وعدّت جميع الحقوق المتعلقة بالجدار من قبيل الحقوق المجردة؛ كون مالكها له الانتفاع بالجدار دون امتلاكه، وأن هذا الانتفاع لا يؤثر بأصل الجدار.

الأحكام: وفيما يلي بيان للأحكام المتعلقة بهذا الحق:

أولا: الجدار الذي ليس بين مالكين: لا يجوز الانتفاع به إلا برضا مالكه قطعا[٢٥٩].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثانيا: الجدار بين مالكين ويختص به أحدهما:

اختلف العلماء في مسألة انتفاع الجار بجدار جاره دون إذنه على قولين:

القول الأول: وهو مذهب الحنفية[٢٦٠] والمالكية[٢٦١] والشافعية[٢٦٢] في الجديد، والحنابلة[٢٦٣] في حالة ما إذا كان الانتفاع يوهن الجدار، أو كان للجار غنية في الانتفاع بجدار جاره، وقد نصّوا على أن ليس للجار أن ينتفع بجدار جاره دون إذنه، غير أن المالكية جعلوا السماح بالانتفاع من قبيل الندب للإرفاق، واستدلوا بأدّلة هي:

---

[٢٥٩] مغني المحتاج (١٧٩/٣)

[٢٦٠] درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٩٦/١)، وانظر الدرّ المختار (٢٠٠/٦)

[٢٦١] النوادر والزيادات (٩٣/١١)، منح الجليل (٢٣١/٦)، شرح مختصر خليل للخرشي (٦٢/٦)

[٢٦٢] مغني المحتاج (١٧٨/٣)

[٢٦٣] المغني (٣٢٤/٤)، شرح منتهى الإرادات (١٥١/٢)

*أن المقرّر شرعا؛ أنه لا يجوز للإنسان التصرف في مال غيره بلا إذنه ولا ولايته[٢٦٤]؛ لقوله ﷺ :﴿ **لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس**﴾[٢٦٥].

*قوله ﷺ ﴿ **لا ضرر ولا ضرار**﴾[٢٦٦] واستعمال ملك الغير دون إذنٍ عين الضرر.

*القياس على سائر أمواله[٢٦٧]، إذ أمواله مصونة عن أن يتصرف فيها غيره دون إذنه ورضاه.

القول الثاني: وهو مذهب المجيزين وهم الشافعية[٢٦٨] في القديم[٢٦٩] والحنابلة[٢٧٠] إذا كان الجار صاحب حاجة بأن احتاج إلى التسقيف ولم يكن له أكثر من ثلاثة جدر.
ونصّ هؤلاء على أن الجار يجبر على السماح لجاره بالانتفاع، واستدلوا بـ:

-حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ يقول:﴿ **لا يمنعنّ جارٌ جارَه أن يضع خشبه في جداره**﴾ ثم يقول أبو هريرة ﷺ :"**ما لي أراكم عنها** – أي عن السنة- **معرضين؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم**"[٢٧١].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

قال البيهقي:" ولم نجد في السنة ما يعارض هذا الحديث، ولا تصح معارضته[٢٧٢]

[٢٦٤] الدر المختار بشرحه رد المختار (٢٠٠/٦)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٩٦/١)

[٢٦٥] أخرجه الحاكم في مستدركه (١٧١/١/رقم: ٣١٨)الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج: ٢ ص: ٢٠١أخرجه الدارقطني بإسناد جيد وأخرج له شاهدا من حديث أنس بإسنادين ضعيفين،وانظر التلخيص الحبير (٣ / ٤٥-٤٦).

[٢٦٦] أخرجه مالك في الموطأ، باب: القضاء في المرافق (٧٤٥/٢)، والبيهقي في سننه (١٥٧/٦)، وابن ماجه، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره (٧٨٤/٢)، والدارقطني (٧٧/٣)، وأحمد (٣١٣/١)، والحاكم (٦٦/٢)

[٢٦٧] انظر مغني المحتاج (١٧٨/٣)، المغني (٣٢٤/٤)

[٢٦٨] مغني المحتاج (١٧٨/٣)

[٢٦٩] وفيه نظر فقد حكاه البويطي عن الشافعية وهو من رواة الجديد، انظر مغني المحتاج (١٧٨/٣)

[٢٧٠] المغني (٣٢٤/٤)، شرح منتهى الإرادات (١٥١/٢)

[٢٧١] رواه البخاري ، كتاب: المظالم، باب: لا يمنع جاره أن يغرز خشبه في جداره(٨٦٩/٢/رقم ٢٣٣١)، ومسلم ، كتاب: المساقاة، باب: غرز الخشب في جدار الجار(١٢٣٠/٣/رقم ١٦٠٩)

[٢٧٢] انظر مغني المحتاج (١٧٨/٣)

وقد ردّ أصحاب القول الأول على هذا الاستدلال بما يلي:

*أنه محمول عن الندب؛ لقوة العمومات المعارضة[٢٧٣]، وهي الأدلة التي استدل بها المانعون.

*أن الضمير في جداره لصاحب الخشب؛ أي لا يمنع جارَه أن يضع خشبه على جدار نفسه، وإن تضرر به من جهة منع الضوء ونحوه.

قال الإسنوي: ويتأيد بأنه القياس الفقهي والقاعدة النحوية، فإنه أقرب من الأول فوجب عود الضمير إليه[٢٧٤].

هذا وقد اشترط الشافعية لكل ذلك شروطا، مردّها إلى استغناء صاحب الجدار عنه، مع حاجة جاره إليه، على أن لا يُحدث به ضررا أو تغييرا[٢٧٥].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وفرع الحنابلة على ذلك ما يلي:

أن من ملك هذا الحق بهذا الوصف، لم يملك إعارته ولا إجارته؛ لأنه إنما كان له ذلك لحاجته الماسة إلى وضع خشبه، ولا حاجة له إلى وضع خشب غيره؛ فلم يملكه، وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه، ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره؛ لأنه أبيح له من حق غيره لحاجته؛ فلم يجز له ذلك فيه، كطعام غيره إذا أبيح له من أجل الضرورة[٢٧٦].

وأجاز الجميع الانتفاع بالإذن وينبني عليه ما يلي:

أولا: أن المالك لو رضي بالانتفاع دون عوض كان إعارة.

---

[٢٧٣] مغني المحتاج (١٧٨/٣)، النوادر والزيادات (٩٣/١١)، أسنى المطالب (٢٢٤/٢)

[٢٧٤] مغني المحتاج (١٧٨/٣)، أسنى المطالب (٢٢٤/٢)

[٢٧٥] مغني المحتاج (١٧٨/٣)

[٢٧٦] المغني (٣٢٥/٤)

ثم تباينت اتجاهات الفقهاء في تأبّد هذه العاريّة:

فذهب الحنفية[٢٧٧] إلى جواز الرجوع عن العاريّة متى ما شاء مالك الجدار، قبل البناء وبعده، وكذا مذهب الشافعية[٢٧٨]، على أن يغرم أرش النقص للمنتفع، وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا.

وذهب المالكية[٢٧٩] إلى التفصيل: فنصّوا على أن ما أذن فيه مما يقع فيه العمل والإنفاق والمؤنة فليس له ذلك، صغرت المؤنة أو عظمت، ولا رجوع له عاش أو مات، باع أو ورث، احتاج أو استغنى؛ فهو كالعطية، حتى لو اشترط الرجوع متى شاء؛ لأن هذا من شرط الضرر وهو ساقط، أما ما لا عمل فيه ولا إنفاق ولا مؤنة فله الرجوع.

وذهب الحنابلة[٢٨٠] إلى أن العاريّة تصبح لازمة، لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام؛ وفي القلع إضرار به، فلا يملك ذلك المعير، كما لو أعاره أرضا للدفن والغراس، لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أما لو انهدم الحائط، أو سقط الخشب من تلقاء نفسه، أو قلعه صاحبه، لم يملك المستعير ردّ بنائه وخشبه إلا بإذن جديد[٢٨١].

ثانيا: إن رضي المالك بالوضع بعوض: جاز عند المالكية[٢٨٢] والشافعية[٢٨٣] -على المذهب الجديد دون القديم؛ لأن الحق ثابت له ابتداء في القول القديم-، والحنابلة[٢٨٤] -عند عدم الجبر، كما في حال احتياج الجار إلى الانتفاع-، ولم يجز عند الحنفية[٢٨٥].

---

[٢٧٧] المبسوط (١٩١/٣٠)، مجمع الضمانات (٢٩١)، رد المحتار (٥٧٩/٥)

[٢٧٨] مغني المحتاج (١٧٩/٣)

[٢٧٩] النوادر والزيادات (٩٣/١١)، حاشية الدسوقي (٣٧٢/٣)

[٢٨٠] المغني (٣٢٥/٤)

[٢٨١] انظر مغني المحتاج (١٧٩/٣)، المغني (٣٢٥/٤)، مواهب الجليل (١٧٤/٥-١٧٥)

[٢٨٢] الذخيرة (١٨٦/٦)، التاج والإكليل (٨٤/٢)، مواهب الجليل (٢٧٦/٤)

[٢٨٣] مغني المحتاج (١٧٩/٣)، روض الطالب بشرحه أسنى المطالب (٢٢٥/٢)

[٢٨٤] المغني (٣٢٦/٤)، شرح منتهى الإرادات (١٥١/٢)

[٢٨٥] بدائع الصنائع (٤٨/٢)

وعلّل الحنفية المنع؛ بأن المعقود عليه مفتقر إلى القبض والتسليم، وما كان كذلك لم يجز بيعه فلا يصح الصلح عليه، والأصل أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يصح الصلح عليه، وما لا فلا.

أمّا المالكية فجاز عندهم أخذ العوض؛ لأن المقرر عندهم أن الاعتياض جائز عن كل حق مقصود على التأبيد؛ لأنه ملك- أي ملك منفعة-، فإن ذكر المدة كانت إجارة تنفسخ بانهدامه، وإلا كان بيعا وكان حقه مؤبدا[٢٨٦].

وفصل الشافعية والحنابلة في صورة العقد:

فإن كان أجر رأس الجدار للبناء عليه؛ فهو إجارة، لكن لا يشترط فيها بيان المدة في الأصح؛ لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعوا الحاجة إلى دوامه فلم يشترط فيه التأقيت.

ولو قال بعت حق البناء عليه، فالأصح أن هذا العقد فيه شوب بيع؛ لكونه مؤبدا وشوب إجارة؛ لأن المستحق به منفعة، إذ لا يملك المشتري فيه عينا[٢٨٧].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويبقى حقه في هذه الحالة قائما، حتى لو انهدم الجدار وأعاد مالكه بناءه؛ لأنه استحق الدوام بعقد لازم، شريطة أن لا تذكر المدة في العقد، فإن ذكرت المدة كان حقه قائما فيها فقط[٢٨٨].

التحليل: وما قيل في حق المرور يقال هنا أيضا.

فائدة:

ومن الصور المعاصرة للانتفاع بالجدار المملوك؛ تعليق لافتات الإعلانات التجارية، أو لافتات الإرشاد إلى المحلات المملوكة لأصحابها، فتخرج هذه المسألة على ضوء ما سبق بيانه.

---

[٢٨٦] حاشية الخرشي (٥/٢١)، مواهب الجليل (٤/٢٧٦)

[٢٨٧] مغني المحتاج (٣/١٧٩-١٨٠)، روض الطالب بشرحه أسنى المطالب (٢/٢٢٦)

[٢٨٨] مغني المحتاج (٣/١٨٠)، روض الطالب بشرحه أسنى المطالب (٢/٢٢٦)

المطلب الثالث: حق التحجير:

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الثالث:

حق التحجير

أولا: معنى التحجير:

لغة:

يحتجره؛ أي يجعله لنفسه دون غيره، قال ابن الأثير: حجرت الأرض واحتجرتها، إذا ضَرَبْتَ عليها منارا تمنعها به من غيرك[٢٨٩].

في الاصطلاح:

لم يذكر الفقهاء تعريفا حديّا للتحجير، إلا أن مفهومه هو الشروع في إحيـــاء أرض موات[٢٩٠] بوضع أمارة لذلك، كإدارة حجارة عليها أو تحويطها بحائط صغير سواء كـــان من لبن أو من قصب أو ما شابه ذلك[٢٩١].

ثانيا: الأحكام: وتتعلق بالتحجير أحكام فقهية نجملها فيما يلي:

أولا: التحجير لا يفيد الملك، إنما الذي يفيد الملك هو الإحياء، ولكن فاعله يصبح أحق الناس بما تحجره[٢٩٢].

---

[٢٨٩] لسان العرب المحيط (٥٧٣/١)

[٢٩٠] الأرض الموات: هي الأرض التي لم تكن عامرة ولا حريما-الحريم ما يتم به الانتفاع- لعامر، قرب العامر أو بعد، انظر مغني المحتاج (٤٩٦/٣)، وقال البهوتي: هي الارض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم (/٢)

[٢٩١] البدائع (١٩٥/٦)، الهداية بشرحه فتح القدير (٧٢/١٠) مغني المحتاج (٥٠٤/٣)، روض الطالب بشرحه أسنى المطالب (٤٤٧/٢)، المغني (٣٣١/٥)، شرح منتهى الإرادات (٣٦٧/٢)

[٢٩٢] البدائع (١٩٥/٦)، فتح القدير (٧٢/١٠)، الذخيرة (١٥٥/٦)، المنتقى (/٦) مغني المحتاج (٥٠٤/٣)، المغني (٣٣١/٥)، شرح منتهى الإرادات (٣٦٧/٢)، كشاف القناع (١٩٣/٤)

لقول النبي ﷺ :﴿ **من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به**﴾[٢٩٣].

واشترط الفقهاء لثبوت الأحقية بالتحجير ما يلي:

-أن لا يزيد على قدر كفايته، والمراد بالكفاية ما يفي بغرضه من ذلك الإحياء، فإن خالف كان لغيره أن يحيي ما زاد على قدر كفايته.

-القدرة على تهيئة الإكمال، فلو تحجر ما يعجز عن إحيائه، كان لغيره إحياء الزائد كما مرّ[٢٩٤].

ثم اختلف الفقهاء في المدة التي يبقى فيها المتحجر أحق بالأرض التي تحجرها؛ إن لم يحيها:

فذهب الحنفية[٢٩٥] والشافعية[٢٩٦] والحنابلة[٢٩٧] إلى أن المدة إن طالت كان للإمام أن ينتزعها منه، وحُقَّ لغيره أن يحييها؛ لأن المتحجر بتأجيله الإحياء؛ عطل منفعة على المسلمين في حق مشترك بينهم.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وقدّر الحنفية طول المدة بثلاث سنوات؛ لحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه :**"من كانت له أرض فعطلها ثلاث سنين، فجاء قوم فعمروها، فهم أحق بها"**[٢٩٨].

وخالفهم الشافعية والحنابلة فجعلوا معيار طول مدة التحجير إلى العرف.

---

[٢٩٣] الحديث مروي بلفظ:"فهو له"، رواه أبو داود في سننه، كتاب: الخراج، باب: إقطاع الأراضين (١٧٧/٣/رقم٣٠٧١)، وصححه الضياء في المختارة (٢٢٧/٤-٢٢٨/رقم١٤٣٤)، وقال الحافظ ابن حجر في "الإصابة": «إسناده حسن» (الإصابة١/٦٧).

[٢٩٤] الذخيرة (١٥٥/٦)، مغني المحتاج (٥٠٤/٣)، تحفة المحتاج (٢١٣/٦)

[٢٩٥] بدائع الصنائع (١٩٥/٦)، فتح القدير (٧٢/١٠)

[٢٩٦] مغني المحتاج (٥٠٤/٣)، أسنى المطالب (٤٤٧/٢)

[٢٩٧] المغني (٣٣٢/٥)، شرح منتهى الإرادات (٣٦٨/٢)، كشاف القناع (١٩٣/٤)

[٢٩٨] رواه حميد بن زنجويه، قال ابن حجر: «وهذا مرسل ورجاله ثقات».(الدراية٢/٢٤٥).

وأما المالكية[٢٩٩] فنصّوا على أنه يُنْظَر لأيام معدودة؛ فإن أحياها كانت له، و إلا كان لغيره أن يحييها؛ إلا أن يكون صاحب عذر في عدم الإحياء، كانتظار يبس أرض أو انخفاض أجر وما شابه، واستحسن أشهب ثلاث سنين مهلة لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك.

وانبنى على اختلافهم هذا؛ خلافهم فيما لو تحجر شخص أرضا، ثم جاء آخر فأحياها، فلمن تكون الأرض؟:

ذهب الحنفية[٣٠٠] والشافعية[٣٠١] والحنابلة في رواية[٣٠٢]: إلى أن الأرض لمن أحياها، كون المحيي ثبت له الملك دون المتحجر.

وذهب المالكية[٣٠٣] إلى أن المتحجر والمحيي شركاء في الأرض.

وذهب الحنابلة[٣٠٤] إلى أن الأرض لمن تحجرها، وهي رواية عند الحنفية[٣٠٥] والشافعية[٣٠٦]، واستدلوا بـ:

-مفهوم قوله ﷺ: ﴿ **من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها** ﴾[٣٠٧] وفي رواية: ﴿ **في حق غير مسلم فهي له** ﴾[٣٠٨] والأرض متحجرة فثبت فيها حق لمسلم، فلم تكن ملكا لمن أحياها.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

---

[٢٩٩] الذخيرة (١٥٥/٦)

[٣٠٠] فتح القدير (٧٢/١٠)

[٣٠١] مغني المحتاج (٥٠٥/٣)

[٣٠٢] المغني (٢٣١/٥)

[٣٠٣] الذخيرة (١٥٥/٦)

[٣٠٤] المغني (٣٣١/٥)، شرح منتهى الإرادات (٣٦٨/٢)، كشاف القناع (١٩٣/٤)

[٣٠٥] فتح القدير (٧٢/١٠)

[٣٠٦] مغني المحتاج (٥٠٥/٣)

[٣٠٧] رواه البخاريّ، كتاب: الحرث والمزارعة، باب: من أحيا أرضا مواتا(٨٢٣/٢/رقم٢٢١٠).

[٣٠٨] قال ابن حجر: «رواه إسحاق بن راهويه والطبراني وابن عدي من طريق كثير بن عبد الله، وهو ضعيف».(الدراية٢٠١/٢، فتح الباري ٢٣/٥-٢٤).

-قضاء عمر بن الخطاب:**"من كانت له أرض فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها"**[٣٠٩] وهذا يدل على أن من أحياها قبل ثلاث سنين لم يملكها.

ثانيا: ذكر الشافعية[٣١٠] والحنابلة[٣١١] أن المتحجر للأرض لمّا ثبت له حق السبق –الاختصاص- كان له أن يتنازل عنه لغيره، ويصير المتنازَل له أحق بالأرض التي تحجرها –المتنازِل- من غيره.

وكذا إن مات المتحجر، فإن حقه يصبح لوارثه لقول النبي ﷺ :﴿ **من ترك حقا أو مالا فهو لورثته**﴾[٣١٢].

ثالثا: أما ما يتعلق ببيع حق التحجير، فإن المعتمد عند الشافعية[٣١٣] والحنابلة[٣١٤] أن ذلك لا يصح، لأن له الاختصاص دون الملك فلم يملك بيعه.

وهذا القول هو الذي تقتضيه تفريعات المذهبين: الحنفي والمالكي.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وفي المذهبين الشافعي[٣١٥] والحنبلي[٣١٦] رواية أخرى تفيد جواز بيع حق التحجير لأنه له.

التحليل:

نلحظ هنا اتفاق المذاهب الأربعة، على عدم جواز الاعتياض عن حق التحجير، ومردّ ذلك إلى أن حق التحجير هو ملك انتفاع لا ملك منفعة، فلم يجز الاعتياض عليه

---

[٣٠٩] رواه حميد بن زنجويه، قال ابن حجر: «وهذا مرسل ورجاله ثقات».(الدراية٢/٢٤٥).

[٣١٠] مغني المحتاج (٣/٥٠٤)، روض الطالب بشرحه أسنى المطالب (٢/٤٤٧)

[٣١١] المغني (٥/٣٣١)، شرح منتهى الإرادات (٣/٣٦٧)، كشاف القناع (٤/١٩٣)

[٣١٢] قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير: «أورده الرافعي هنا بلفظ:"من ترك حقا"، ولم أره كذلك» (التلخيص الحبير٣/٥٦).

[٣١٣] مغني المحتاج (٣/٥٠٤)، روض الطالب بشرحه أسنى المطالب (٢/٤٤٨)

[٣١٤] المغني (٥/٣٣١)، شرح منتهى الإرادات (٣/٣٦٨)، كشاف القناع (٤/١٩٣)

[٣١٥] مغني المحتاج (٣/٥٠٤)

[٣١٦] المغني (٥/٣٣١)

عند المالكية والشافعية والحنابلة، شأنه شأن الحقوق التي هي من قبيل ملـــك الانتفــاع. أضف إلى ذلك أنه حق مجرد عن ملك الأرض المتحجرة فلم تجز فيه المعاوضـــات عنـــد الحنفية.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الرابع: حقوق العقد

ويشتمل على فرعين:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الفرع الأول: حق النزول عن الوظائف:

الفرع الثاني: حق الخلو:

تمهيد:

جدير بالذكر أن هذه التسمية؛ أي حقّ العقد، هي من اصــطلاح فضــيلة الشيخ: محمد تقي العثماني، وقد وردت في بحثه المقدم إلى مجمع الفقه الإســلامي بجدة، في دورته الخامسة، والبحث موسوم بـــ:" بيع الحقوق المجردة".

ومناسبة التسمية؛ أن الوظيفة الوقفية فيها حق لإبقاء عقد الإجارة مع ناظر الوقف، كما أن الخُلُو فيه حق لإبقاء العقد مع مالك العقار أو ناظر الوقف.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الفرع الأول:

حق النزول عن الوظائف

صورة المسألة:

من كان صاحب وظيفة بالأوقاف، من إمامة وخطابة وأذان وفراشة وبوابة، وكانت وظيفته دائمة بحكم شرائط الوقف، فإن الموظف يملك حق البقاء على هذه الوظيفة وإبقاء عقد إجارته طول حياته[٣١٧].

الأحكام:

إذا كان الأمر على ما ذكرنا، فهل يملك هذا الموظف، أن يترل عن حقه هذا لشخص آخر؟ وهل له أن يأخذ عوضا عن هذا التزول، أم ليس له ذلك؟ وإن كان له الحق في التزول فهل يشترط إقرار الناظر أم لا؟

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المسألة الأولى: التزول عن الوظيفة بغير شيء -بلا عوض-:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو مذهب الحنفية[٣١٨] والشافعية[٣١٩] والحنابلة[٣٢٠]: وقد نصّوا على أن صاحب الوظيفة، له أن يترل عن وظيفته لغيره، واشترطوا لذلك شروطا هي:

---

[٣١٧] رد المحتار (٣٨١/٤)، بيع الحقوق المجردة، محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة ، العدد الخامس، الجزء الثالث ص٢٣٧٤

[٣١٨] مجمع الضمانات(٤٥٣)، رد المحتار (٥٢٠/٤)

[٣١٩] فتاوى السبكي (٢٢٤/٢)، المنثور (٣٩٤/٣)، تحفة المحتاج (٣٨١/٦)، مغني المحتاج (٤٢٥/٤)

[٣٢٠] كشاف القناع (١٩٣/٤)، مطالب أولي النهى (١٩٢/٤)، شرح منتهى الإرادات(٣٦٧/٢-٣٦٨)

أولا: يراعى في الترول عن الوظائف ما شرطه الواقف، فلا يجوز الترول عنها لمن ليس في شرطه، ولا يصح تقريره فيها، ويحرم ذلك على الحاكم وغيره، ولا يستحق معلومها، ويجري ذلك فيما لو قرر في وظيفة من ليس أهلا لها[٣٢١].

ثانيا: جواز الترول عن الوظائف يكون في غير وظيفة النظر؛ لأن القيم ليس له أن يترل عن وظيفة النظر إلا في مرض موته على سبيل الإيصاء، وأما في صحته فلا إلا إذا كان الواقف أذن له بذلك[٣٢٢].

ثالثا: يشترط إقرار الناظر في تولية المترول له، فإن رأى الناظر المصلحة في عدم توليته كان له ذلك[٣٢٣]، وقيّد الحنابلة[٣٢٤] اشتراط إقرار الناظر بما إذا كان مشروطا في الوقف مثلا، فإن لم يكن مشروطا إمضاؤه، انتقل الحق مباشرة إلى المترول له، أما في حال عدم إقرار الناظر المترولَ له عن الوظيفة، فإن حق الوظيفة يبقى للنازل؛ لأنه لم يسقط حقه بالكلية، اللهم إلا إن صرح بذلك، هذا عند الشافعية[٣٢٥] والحنابلة[٣٢٦].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وذكر ابن عابدين ما يدل على أن النازل يسقط حقه مطلقا، سواء أقر الناظر من أُسقط له الحق، أم لم يقره[٣٢٧].

القول الثاني: وهو مذهب المالكية[٣٢٨]، وقد نصوا على عدم صحة إسقاط صاحب الوظيفة حقه لغيره، ومستند قولهم: أن حق الوظيفة هو من حقوق الانتفاع، التي ليس لمستحقها التصرف فيها، وإنما له الانتفاع بنفسه فقط[٣٢٩].

---

[٣٢١] حاشيتا قليوبي وعميرة(٣/١١١)، فتاوى الرملي(٣/٢٠٨-٢٠٩)

[٣٢٢] البحر الرائق(٥/٢٥٣)

[٣٢٣] فتاوى الرملي(٣/٢٠٨-٢٠٩)، أسنى المطالب(٣/٢٣٦)، رد المحتار (٤/٥٢١)، البحر الرائق(٥/٢٥٣)

[٣٢٤] كساف القناع (٣/١٩٤)، مطالب أولي النهى (٤/١٩٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٦٧-٣٦٨)

[٣٢٥] فتاوى السبكي (٢/٢٢٤)، أسنى المطالب(٣/٢٣٦)

[٣٢٦] كساف القناع (٣/١٩٤)، مطالب أولي النهى (٤/١٩٢-١٩٣)

[٣٢٧] رد المحتار(٤/٣٨٢)

[٣٢٨] مواهب الجليل (٤/١٣)

[٣٢٩] منح الجليل (٧/٥٠)، نوازل البرزلي (٣/٤٣١-٤٣٢)

المسألة الثانية: التزول عن الوظيفة بعوض:

اختلف القائلون بجواز التزول عن الوظائف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: نصّ أصحابه على جواز أخذ العوض عن التزول عن الوظائف، وإليه ذهب متأخرو الحنفية[٣٣٠]، ومتأخرو الشافعية[٣٣١] تبعا لفتوى السبكي والرملي، وهو ماذكره بعض الحنابلة[٣٣٢].

واستدلوا بجملة أدلة:

١- القياس على جواز خلع الأجنبي، إذا أراد الزواج بالمرأة، جاء في فتاوى الرملي:" قلته استنباطا من مسألة الخلع، وقوّاه عندي جعل الماوردي رغبة الأجنبي في نكاح تلك المرأة غرضا صحيحا في مخالعته إيّاها"[٣٣٣].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وفي مغني المحتاج:" وقد استنبط السبكي من هذه المسألة[٣٣٤] ومن خلع الأجنبي جواز التزول عن الوظائف، والذي استقر عليه رأيه أن أخذ العوض فيه جائز وأخذه حلال لإسقاط الحق "[٣٣٥].

ويقول البهوتي:" لكن التزول عنه بعوض على غير وجه البيع جائز كما ذكره ابن نصر الله قياسا على الخلع "[٣٣٦].

---

[٣٣٠] رد المحتار: (٤/٥٢٠-٥٢١)، مجمع الضمانات (٤٥٣)، الأشباه والنظائر ()

[٣٣١] فتاو السبكي (٢/٢٢٤)، فتاوى الرملي (٣/٢٠٨-٢٠٩)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/١١١)، مغني المحتاج (٤/٤٢٥)

[٣٣٢] شرح منتهى الإرادات (٢/٣٦٨)، كشاف القناع (٤/١٩٤)، مطالب أولي النهى (٤/١٩٢)

[٣٣٣] فتاوى الرملي:(٣/٢٠٩)

[٣٣٤] إشارة إلى مسألة هبة سودة رضي الله عنها ليلتها لعائشة رضي الله عنها وبيانها في حق القسم -إن شاء الله-

[٣٣٥] مغني المحتاج: (٤/٤٢٥)

[٣٣٦] شرح منتهى الإرادات (٢/٣٦٨)، مطالب أولي النهى (٤/١٩٢)

٢- إعمال العرف الخاص، فقد ثبت تعارف أهل القاهرة النزول عن الوظائف بمال، جاء في مجمع الضمانات:" وفيها أقول على اعتبار العرف الخاص، قد تعارف الفقهاء بالقاهرة النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها، وتعارفوا ذلك، فينبغي الجواز، وأنه لو نزل له وقبض منه المبلغ، ثم أراد الرجوع عليه لا يملك ذلك ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم "[٣٣٧].

وردّ بأن العرف المؤثر في تغير الأحكام هو العرف العام وليس العرف الخاص، فلو تعارف قوم بيع الخمر والتعامل بالربا لم يعد تعارفهم ذلك مستندا لحل هذا التعامل[٣٣٨].

القول الثاني: عدم جواز أخذ العوض عن النزول: وممن رأى هذا الرأي متقدمو الحنفية[٣٣٩]، وهو ما ذكره الزركشي في منثوره تخريجا على بعض الفروع[٣٤٠]، وهو مذهب المالكية[٣٤١]؛ كون حق الوظيفة هو ملك انتفاع لا ملك منفعة.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ومستند القول ما يلي:

-حق الوظيفة من الحقوق المجردة، والحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها[٣٤٢].

-القياس على حقوق مشابهة كحق الشفعة، والتحجر، قال الزركشي في المنثور:" واستنبط منه بعضهم النزول عن الوظائف وهو صحيح إن لم يكن في مقابلة مال، فإن كان فقد نص الشافعي ـرضي الله عنهـ في صورة الزوجة على أنه لا يحل ،وكذلك أخذ العوض عن الرد بالعيب وحق الشفعة والتحجر ومقاعد الأسواق"[٣٤٣].

---

[٣٣٧] مجمع الضمانات (٤٥٣)

[٣٣٨] رد المحتار (٥١٨/٤)،تبيين الحقائق (٥٢/٤)، فتح القدير (٤٢٩/٦)

[٣٣٩] رد المحتار (٥١٨/٤)،البحر الرائق (٤٥٣/٥)

[٣٤٠] المنثور: (٣٩٤/٣)

[٣٤١] مواهب الجليل (١٣/٤)، منح الجليل (٥٠/٧)

[٣٤٢] البحر الرائق: (٤٥٣/٥)

[٣٤٣] المنثور (٣٩٤/٣)

وقد ردّ ابن عابدين هذه الاستدلالات عن عدم جواز النزول عن الوظائف بمال، وهذا نصّه أورده لنفاسته، قال ابن عابدين:" أن ثبوت حق الشفعة للشفيع، وحق القسم للزوجة، وكذا حق الخيار في النكاح للمخيرة إنما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة، وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه، لأن صاحب الحق لما رضي علم أنه لا يتضرر بذلك فلا يستحق شيئا أما حق الموصى له بالخدمة، فليس كذلك بل ثبت له على وجه البر والصلة فيكون ثابتا له أصالة فيصح الصلح عنه إذا نزل عنه لغيره، ومثله ما مر عن الأشباه من حق القصاص والنكاح والرق، وحيث صح الاعتياض عنه؛ لأنه ثابت لصاحبه أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبه، ولا يخفى أن صاحب الوظيفة ثبت له الحق فيه بتقرير القاضي على وجه الأصالة لا على وجه رفع الضرر، فإلحاقها بحق الموصى له بالخدمة وحق القصاص وما بعده، أولى من إلحاقها بحق الشفعة والقسم، وهذا كلام وجيه لا يخفى على نبيه، وبه اندفع ما ذكره بعض محشّي الأشباه، من أن المال الذي يأخذه النازل عن الوظيفة رشوة، وهي حرام بالنص، والعرف لا يعارض النص، وجه الدفع ما علمت من أنه صالح عن حق كما في نظائره والرشوة لا تكون بحق".[344]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فابن عابدين بكلامه هذا يضع ضابطا آخر للحقوق التي يجوز الاعتياض عنها، وهو ما كان منها ثابتا أصالة لا لدفع الضرر، سواء كانت هذه الحقوق مجردة أم لا.

التحليل:

الذي نلحظه هنا ما يلي:

-أن الفقهاء اختلفوا في تحديد طبيعة هذا الحق؛ ففي حين اعتبره المالكية من ملك الانتفاع، نجد أن الشافعية والحنابلة اعتبروه من ملك المنفعة.

-كما نلحظ ظهور ملحظ جديد عند الحنفية في تحديد الحقوق القابلة للاعتياض من غيرها، وهو طبيعة مشروعية هذا الحق؛ أي هل شرع الحق لأجل دفع الضرر، أم أن الحق شرع أصالة؟، وهو ما رأيناه عند الشافعية والحنابلة في حق الشفعة وحق القسْم.

---

[344] رد المحتار(٥٢٠/٤)

ويرجع سبب هذا التحول إلى العرف، إذ مثل هـذه المعاوضـة لم تعـرف عنـد الأقدمين، وإنما ظهرت متأخرة، وجرى بها عمل الناس، فاعتبار العرف الذي هو أصـل قوي عند الحنفية، جعل متأخريهم يخالفون ما قرره وقعده المتقدمون، ويمكن اعتبار ذلـك من قبيل الاستحسان الذي مستنده العرف.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الفرع الثاني:

حق الخلو[٣٤٥]

معنى الخلو:

لغة:

الخلو بالمعنى المبحوث هنا كلمة مولدة، ولعلها تكون مأخوذة من قول العرب: أخْلَيت المكان جعلته خاليا، ووجدته كذلك، ويجمع على خَلَوَاتٍ بفتحات[٣٤٦].

اصطلاحا:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

عرفه أبو الإرشاد الأجهوري –رحمه الله- بقوله:" اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع الدراهم في مقابلتها"[٣٤٧].

ويؤخذ على هذا التعريف ما يلي:

---

[٣٤٥] اشتهر الخلو في مذهب مالك لذا سنركز في عرض متعلقاته على المذهب المالكي، لندرة من تعرض له من المذاهب الأخرى.

[٣٤٦] محيي الدين قادي "بدل الخلو في الفقه الإسلامي" مجلة المجمع الفقهي، الدورة الرابعة، العدد الرابع، الجزء الثالث ص٢٢٣٠ وقال معقبا على كلامه:" وما ذكرته لم أجده في الصحاح والأساس والقاموس واللسان والمصباح وغيرها من المعاجم المشهورة، ولا في شفاء الغليل للخفاجي، الذي يعنى بالكلمات المولدة والدخيلة فحسب، كما لم أجد ضبطا دقيقا للمفرد، وإنما استخلصت هذا المعنى الذي ذكرت من كون صاحب الخلو عندما يدفع النقود لمستحق الرقبة من الملاك، أو مستحق المنفعة من الموقوف عليهم أو من يتولى شؤون الوقف من النظار يفعل ذلك مقابل أن تخلى الرقبة له ليتمكن من امتلاك منفعتها (ص٢٢٣٠-٢٢٣١)، وانظرمحمد تقي العثماني بيع الحقوق المجردة ص ٢٣٧٨، بنفس المجلة والعدد.

[٣٤٧] حاشية الدسوقي (٤٣٣/٣)

-أنه لم يذكر العين التي تتعلق بها هذه المنفعة المملوكة، إذ أن الخلوات لا تكون إلا في العقارات – الأراضي والبنايات سواء كانت دورا أم حوانيت -، وهـذا مايوضـحه تعريف سيدي إبراهيم الرياحي ونصه:" المنفعة التي يملكها دافع الدراهم لمالك الأصل مع بقاء ملك الرقبة"[٣٤٨].

كما يلاحظ على التعريفين السابقين، أنهما عنيا ببيان الخلو الذي تعارفه أهل مصر وهو خلو الحوانيت، الذي تنشأ ملكيته بدفع الدراهم لمالك الأصل، ومَرَدُّ ذلـك إلى أن خلو الحوانيت هو أكثر أنواع الخلوات انتشارا، ولذلك كان أكثر كلام الفقهاء عنه.

فالحاصل من كل ما سقناه، أن الخلو هو: ملك حق القرار المؤبد في عقـار سـواء كان هذا العقار: أرضا، أو دارا، أو حانوتا.

أنواع الخلوات:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أولا: خلو الحوانيت: يقوم فيه المؤجر بدفع عوض معجل لصاحب المحل مع التـزام قدر من الأجرة سنوية أو شهرية، ويلزم من ذلك أمور:

-أن يملك المؤجر حق القرار في المحل على التأبيد، وسبب هذا الملك هـو العـوض المؤجل المدفوع، فلا يحق لمالك الأصل إخراجه منه ولا إجارته لغيره.

-للمؤجر التصرف في منفعة المحل بشتى وجوه التصرف من هبة وإجـارة وإعـارة وبيع، ولا يبقى لصاحب المحل من منفعة محله إلا مقدار الكراء السنوي أو الشهري الذي يدفع له.

-أن المؤجر أصبح شريكا في منفعة المحل مع صاحبه[٣٤٩]، وتحدد نسبة الشراكة على النحو الآتي:

---

[٣٤٨] محيي الدين قادي، بدل الخلو في الفقه الإسلامي ص٢٢٢٣

[٣٤٩] حاشية الخرشي (٧٨/٧)

***الصورة الأولى**: أن يكون عقد الخلو بسبب خراب المحل: ففي هذه الحالة تكون حصة مالك الخلو بقدر ما تزيده عمارته للمحل في أجرته، ومثال ذلك: ما إذا كانت أجرة المحل في حال خرابه خمسة دنانير يوميا، وبعد العمارة أصبحت خمسة عشر دينارا، فإن حصة مالك الخلو في منفعة المحل هي الثلثين وحصة مالك الأصل أو الوقف هي الثلث[٣٥٠].

***الصورة الثانية**: أن يكون عقد الخلو بسبب قلة نفع المحل: وتكون حصة مالك الخلو في هذه الحالة بقدر ما أنقص ملكه للخلو من أجرة مثل المحل، ومثال ذلك: إذا كانت أجرة المثل للمحل هي خمسة دنانير يوميا، وبعد بيع خلوه أصبحت دينارين ونصف، فإن حصة مالك الخلو هي النصف وحصة مالك الأصل أو الوقف هي النصف. وبنفس الطريقة تحدد نسبة الشراكة في منفعة محل كان سبب بيع خلوه هو حسن موقعه وكثرة الراغبين فيه إلا أن هذه الصورة تختص بالمحل المملوك دون الموقوف[٣٥١].

هذا ومن المالكية من ذكر اتجاها آخر في تحديد نسبة الشراكة، والتي تنبني على الاتفاق بين مالك الأصل أو القائم عليه –الناظر- وبين من تملَّكَ الخلو، فيكون أساس الاتفاق المصلحة[٣٥٢].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وتظهر فائدة تحديد نسبة الشراكة في حالة احتياج المحل إلى إصلاحات فإن تكلفتها تقسم بين مالك الخلو ومالك الأصل أو الوقف كل بقدر حصته[٣٥٣].

هذا ما يسمى بخلو الحوانيت في مصر أو بالمفتاح في تونس، لأن مالك المنفعة استقل بملكية مفتاح التصرف[٣٥٤].

---

[٣٥٠] منح الجليل (٥١/٧)

[٣٥١] إسماعيل التميمي رسالة في الخلو ووجوهه عند المصريين والمغاربة والتونسيين ص٧-٨، نقلا عن محيي الدين قادي، بدل الخلو في الفقه الإسلامي ص٢٢٦١

[٣٥٢] حاشية الخرشي (٧٨/٧)، فتح العلي المالك (٢٥١/٢)، منح الجليل (٥٢/٧)

[٣٥٣] فتح العلي المالك (٢٥٢/٢)

[٣٥٤] محيي الدين قادي، بدل الخلو في الفقه الإسلامي ص٢٢٣٧

ثانيا: خلو الجلسة: ويكون في الحوانيت التي يقصد منها الغلة، يستأجرها الإنسان ويضع فيها آلاته ومعدات صناعته وما تحتاجه حرفته وتجارته، ويستمر على ذلك لعدم من يبذل إيجارا أعلى، أو لعدم حاجة أرباب الحوانيت إليها؛ كونها معدة للإيجار، فيشتهر نسبة المحلات إلى معمريها ويثبت لهم فيها حق يُقَدَّمون به على غيرهم، فإذا ظهر لهم ترك المحل لغيرهم كان لهم أخذ بدل على ذلك، ويقوم هذا الغير مكانهم، وقد اشتهر هذا بين الناس وصار عرفا شائعا فيمن أجر محلا مقصودا به الغلة، كانت إجارته على التأبيد، فهذه المنفعة التي يستحقها هذا المؤجر بالسبق والتقدم هي المسماة عند المغاربة بالجلسة وتسمى خلوا[٣٥٥]، وتسمى عند الحنفية كدكا أو سكنى[٣٥٦].

ثالثا: خلو النصبة: وينشأ عن وضع المؤجر آلاته وموازينه مما تقع به عمارة المحل، فإذا أراد المالك أو ناظر الوقف إخراجه بعد انقضاء أمد الإجارة تشكى المؤجر من خسارة ما استكمل به عمارة المحل؛ لأجل هذا كله جرى الأمر على عدم صحة إخراج المؤجر، إلا أن يقبل المالك تلك الموضوعات دون خسارة، وكون المالكين لا يرغبون في تحمل تكاليف عمارة المحلات اضطروا لإبقاء يد المؤجر بالأجرة الدائمة، وقد عرف هذا النمط من الخلوات بتونس[٣٥٧].

الإنزال: وهو إجارة الأرض على التأبيد لمن يبني فيها، أو يغرس أشجارا، بأجرة شهرية أو سنوية، هذا ما يسمى الإنزال في تونس ويسمى عند المغاربة الجزاء وعند المصريين حكرا[٣٥٨].

---

[٣٥٥] إسماعيل التميمي، رسالة في الخلو ووجوهه عند المصريين والمغاربة والتونسيين ص٣. نقلا عن محيي الدين قادي، بدل الخلو في الفقه الإسلامي ص٢٢٣٩

[٣٥٦] رد المحتار (٥٢٢/٤)، وانظر المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (ص٥٤).

[٣٥٧] فتح العلي المالك (٢٥٢/٢)، إسماعيل التميمي، رسالة في الخلو ووجوهه عند المصريين والمغاربة والتونسيين ص٦،نقلا عن محيي الدين قادي، بدل الخلو في الفقه الإسلامي ص٢٢٣٩-٢٢٤٠

[٣٥٨] رد المحتار (/٤)، وانظر المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (ص٥٢)، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، المهدي الوزاني (٣٥٥)

والأصل في هذا كله أن يعرض الأمر على أهل الخبرة، فإن رأوا الإنزال أصلح لأرض الوقف كأن كانت بورا، وأن استصلاحها يلزمه ثروة ولا مال للوقف، قدّروا أجرها بعد ضبط حدودها وما يرجع إليها، فإذا وقع استيفاء ذلك فالقاضي أو نائبه يبرم عقد الإنزال ويمضيه، هذا ما جرى به عمل أهل تونس في الإنزالات[٣٥٩].

الفروق بين أنواع الخلوات:

أولا: أن صاحب خلو الحوانيت شريك، وأن شراكته سببها العوض المقدم الذي قام بدفعه، بينما باقي أنواع الخلوات- الجلسة والنصبة والإنزال- هي عبارة عن أكرية على التبقية ليس فيها شراكة بين مالك الأصل ومالك الخلو.

ثانيا: أن التأبيد في إجارة مالك خلو الحوانيت مستفاد من دفع العوض المقدم، ويلزم من ذلك أن الأقساط الشهرية أو السنوية المتفق عليها في العقد ثابتة لا تتغير بتغير الأزمان ولا بارتفاع الأسعار أو انخفاضها، بخلاف باقي أنواع الخلوات فالتأبيد فيها منشؤه العرف أو الاضطرار وهذا لا يمنع من تعديل قيمة الأقساط إذا اقتضى الحال ذلك[٣٦٠].

ثالثا: أن التأبيد في خلو الجلسة منشؤه العرف، ذلك أنه جرى في الحوانيت التي لا احتياج لأربابها لها كونها معدة للكراء، وليس من دافع لأجرة أكثر من أجرة المثل، فصار هذا العرف مترلا عندهم مترلة الشرط في العقد، بينما كان التأبيد في خلو النصبة ناشئا من اضطرار الملاك، كونهم لا يرغبون في تحمل تكاليف عمارة المحلات.

رابعا: أن الإنزال متعلق بالأرض بينما باقي أنواع الخلوات فمتعلقة بالدور والحوانيت.

[٣٥٩] إسماعيل التميمي، رسالة في الخلو ووجوهه عند المصريين والمغاربة والتونسيين ص٧. نقلا عن محيي الدين قادي، بدل الخلو في الفقه الإسلامي ص٢٢٤١-٢٢٤٢١

[٣٦٠] إسماعيل التميمي رسالة في الخلو ووجوهه عند المصريين والمغاربة والتونسيين ص٣-٤-٥-٦ نقلا عن محيي الدين قادي بدل الخلو في الفقه الإسلامي ص٢٢٤٥-٢٢٤٦

خامسا: أنه إذا حدث خراب في البناء أو الغرس، فإن إصلاحه على صاحب الخلو وحده، بخلاف الأمر في خلو الحوانيت، فإن الإصلاح على مالك الأصل وصاحب الخلو كل على حسب شراكته[٣٦١].

نشوء ظاهرة الخلوات وأسبابها:

لم ينقل عن المتقدمين من الفقهاء كلام في مسألة الخلوات، والذي أفاده الدارسون[٣٦٢] لهذا الموضوع، أن ظاهرة الخلوات جرى تعامل الناس بها ابتداء من القرن الثامن الهجري، وتمثل في قضية كراء الأرض على التأبيد أو ما اصطلح عليه بالأحكار وهذا ما يفيده كلام أئمة ذلك القرن، قال السبكي:" كلامهم يفهم أنه لا فرق بين أن يعقد عقدا آخر، أو يتراضيا بإبقائه بأجرة المثل ومنه يؤخذ جواز ما يفعله الناس من تبقية الأحكار بيد أربابها بغير عقد وتؤخذ الأجرة منهم في أقساطها وكذا تسليم الدار لمن يسكنها بأجرة مثلها من غير عقد لازم وأنا أتوقف في جواز ذلك"[٣٦٣].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

ويؤيد كلام السبكي ما ذكره خليل في توضيحه ونقله عنه شراح مختصره:" وينبغي أن يتفق في الأحكار التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيها، لأن العادة عندنا أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلا وقاله شيخنا"[٣٦٤].

ثم تبعهم في ذلك علماء الأندلس في مسألة الكراء المؤبد في أرض الوقف في أواخر القرن التاسع الهجري على ما أفتى به ابن منظور وابن سراج الأندلسيان[٣٦٥].

---

[٣٦١] حاشية الخرشي (٧/٧٨)

[٣٦٢] مثل: محمد مصطفى أبوه الشنقيطي في كتابه: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (٢/٧٢٨)، والشيخ مصطفى أحمد الزرقا في كتابه: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص٥٢، والشيخ محيي الدين قادي في بحثه: بدل الخلو في الفقه الإسلامي ص٢٢٢٤-٢٢٢٧

[٣٦٣] أسنى المطالب (٢/٤٢٠)

[٣٦٤] مواهب الجليل (٥/٣١٩)

[٣٦٥] منح الجليل (٧/٥٢)

ثم ما عرف بفتوى ناصر الدين اللقاني في أحكام الأوقاف بمصر في القرن العاشر، وجرى على ذلك شيوخ فاس المتأخرين كالشيخ القصار وابن عاشر وأبي زيد الفاسي وسيدي عبد القادر الفاسي وأضرابهم، أفتوا في الجلسة وجرى بها العمل الفاسي لما رأوه من المصلحة فيها فهي عندهم كراء على التبقية[٣٦٦].

الأسباب التي دفعت إلى نشوء الخلو:

تعددت الأسباب التي أدت إلى نشوء ظاهرة الخلوات واختلفت، فمنها ما يرجع إلى الأوقاف، ومنها ما يرجع إلى الأملاك، وهذا بيانها:

أولا:ما يتعلق بالأوقاف: خراب الوقف أو قلة نفعه

من المقرر عند الفقهاء أن الوقف من الأشياء التي لا يجوز التصرف فيها بالبيع، إلا أن خراب الوقف أو قلة نفعه زهّد الناس فيه، وذلك ما أوقع القائمين عليه في حرج؛ كونه أصبح عبئا لا فائدة منه، حتى وجدوا مخرجا ألا وهو بيع خلوه دون أصله، بحيث يستعمل مقابل خلوه إما في ترميم الوقف ذاته، وبذلك يعود إلى حاله التي تمكّن من الانتفاع به، أو يُصرف لمن هم من أهل الانتفاع بذلك الوقف.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويظهر ذلك جليا فيما ذكره الإمام الأستاذ محمد الطاهر بن عاشور في كلامه عن الرخصة الناشئة عن الضرورة العامة إذ يقول:" ومنها الكراء المؤبد الذي جرت به فتوى علماء الأندلس- ابن سراج وابن منظور، في أواخر القرن التاسع في أرض الوقف، حين زهد الناس في كرائها للزرع؛ لما تحتاجه أرض الزرع من قوة الخدمة ووفرة المصاريف، وزهدوا في كرائها للغرس والبناء لقصر المدة التي تكترى أرض الوقف لمثلها، ولإباية الباني أو الغارس أن يبني أو يغرس ثم يقلع ما أحدثه في الأرض- فأفتى ابن سراج وابن منظور بكرائها على التأبيد ورأيا أن التأبيد لا غرر فيه لأنها باقية غير زائلة، ثم تبعهما على ذلك أهل مصر في القرن العاشر بفتوى ناصر الدين اللقاني في إحكار الأوقاف، وجرى العمل

[٣٦٦] حاشية الدسوقي (٤٣٣/٣)، منح الجليل (٥٢/٧)

بذلك في المغرب في فاس وتونس في العقد المسماة عندنا في تونس بالنصبة والخلو وألحق بها الإنزال، وفي فاس بالجلسة والجزاء"[٣٦٧].

ثانيا: ما يرجع إلى الأملاك:

وأما في الأملاك، فبعد أن قرر الفقهاء جواز الخلوات فيها من باب أحرى[٣٦٨]؛ لحرية تصرف المالك في ملكه، من غير تعسف في استعمال هذا الحق؛ ولما يبدو في ذلك من المصلحة أيضا، إذ كثير من الملاّك للرباع والعقارات يقومون بمهمات أخرى في حياتهم، تملأ عليهم أوقاتهم ولا يستطيعون القيام بمتطلبات دورهم أو أراضيهم الزراعية، أو نحو ذلك- فتتعرض هذه الأملاك إلى قلة النفع أو الخراب، وملاك آخرون تركيبهم النفسي أو الجسدي لا ينسجم مع متطلبات أملاكهم ، وكل ميسر لما خلق له، وملاك آخرون يمنعهم تشتت الملكية وصغرها عند القسمة من القيام بشؤونها، وكلهم يريد الإبقاء على هذه الأملاك، شعورا منهم بأنها استمرار لخلود الأسرة وتبقية لاسمها- فلاذوا بالكراء الدائم حتى يخرجوا من ترك واجب شرعي وهو إهمال أملاكهم[٣٦٩].

ومنها كذلك: الضرر اللاحق بالمستأجرين:

كما هو الحال في خلو النصبة عند التونسيين، وسبب نشوء خلو النصبة يعرض إليه الشيخ محمد السنوسي الحفيد من فقهاء جامع الزيتونة الأعظم في كتابه " مطلع الدراري " فيقول:" والأصل فيه أن غرباء الوافدين على البلاد من الترك، كانوا إذا اكترى أحدهم حانوتا بغير عمارة، وأنفق عليه ما يحتاجه من الخزائن وآلة الصناعة والموازين، وأراد المالك أو ناظر الأوقاف إخراجه بعد انقضاء أمد الكراء- تشكى من خسارة ما استكمل به عمارة المحل، وحيث إن المالكين وناظري الأوقاف، لم يجعلوا لحوانيتهم ما يلزم للصناعة المعدّ لها الحانوت، مع كونهم أكروه لتلك الصنائع، وتحمل المكترون مصاريف ذلك- وقع

---

[٣٦٧] مقاصد الشريعة الإسلامية محمد الطاهر بن عاشور ص١٢٥-١٢٦ (الشركة التونسية للتوزيع تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر)

[٣٦٨] فتح العلي المالك (٢/٢٥٢)

[٣٦٩] محيي الدين قادي، بدل الخلو في الفقه الإسلامي (ص ٢٢٥٥)

الحكم بأن المكتري إذا كان على تلك الصفة، ووضع ما يلزم من العمارة بإذن المالك، فلا يصح إخراجه إلا أن يقبل المالك تلك الموضوعات دون خسارة، وإلا فيبقى المكتري بكرائه متمتعا بخلوه؛ ولما يجحف بالمالكين من تعويض مصاريف الموضوعات، اضطروا لإبقائهم، فَتَصَرَّف المكترون بأنفسهم، وأكروا لغيرهم، وباعوا مكانهم، على أن لا يأخذ المالك إلا مقدار الكراء وما زاد عليه يبقى لصاحب العمارة وبتطاول الأعصار وارتفاع الأسعار جرى عمل البلاد على ذلك وتقررت به أملاك لها بال في سائر أنحاء المملكة التونسية حيث تعتبر نية التبقية[٣٧٠].

ومنها أيضا: شهرة المحلات التجارية:

ويظهر ذلك جليا فيما نقله الشيخ سيدي محمد المهدي الوزاني الشريف، عن الفقيه محمد بن أحمد التماق في تأليفه الذي سماه:" إزالة الدلسة عن وجه الجلسة "، ما نصه:" سمعنا عن بعض الأسواق المغبوطة في هذه الأزمنة كالقيسارية والعطارين، أن من تكون بيده الحانوت، يبتغي أن يعطيه الداخل له برضاه ما يتفقان عليه فيما بينهما؛ ليرفع له يده عنها، ويسمون ذلك شواء المفتاح من الساكن، ولا مدخل في ذلك لذي الأصل الذي عقده أولا للساكن أو لذي المنفعة"[٣٧١].

مشروعية الخلو:

تكاد تتفق كلمة الفقهاء على مشروعية الخلوات، المتعلقة بالأوقاف والأملاك:

فعند الحنفية: قال ابن نجيم :" والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره، فأقول على اعتباره: ينبغي أن يفتى بأن ما يقع في بعض أسواق القاهرة من خلو الحوانيت، لازم، ويصير الخلو في الحانوت حقا له، فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها، ولا إجارتها لغيره ولو كانت وقفا. وقد وقع في حوانيت

[٣٧٠] مطلع الدراري ص١٥٩ وما بعدها، نقلا عن محيي الدين قادي، بدل الخلو في الفقه الإسلامي (ص ٢٢٤٠)
[٣٧١] تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، الشريف المهدي الوزاني (٣٥٨)

الجملون بالغورية أن السلطان الغوري، لما بناها أسكنها للتجار بالخلو وجعل لكل حانوت قدرا أخذه منهم، وكتب ذلك بمكتوب الوقف"[٣٧٢].

وعند المالكية: وقد اشتهر القول بهذه المسألة عند المالكية، وكانوا فيها تبعا لفتوى ناصر الدين اللقاني وهذا نصّها:" سئل ناصر الدين اللقاني: ما تقول في خلو الحوانيت الذي صار عرفا بين الناس في مصر وغيرها، وتغالت الناس فيه حتى وصل الحانوت في بعض الأسواق أربعمائة دينار ذهبا جديدا، فهل إذا مات الشخص وله وارث يستحق خلو حانوت مورثه؟ وهل إذا مات وعليه دين يوفى من خلو حانوته؟ فأجاب بقوله: نعم، إذا مات وله وارث؛ فإنه يستحق خلو حانوت مورثه عملا بعرف الناس، وإذا مات من لا وارث له فإنه يستحقه بيت المال، وإذا مات وعليه دين فإنه يوفى منه"[٣٧٣] .

وعند الشافعية: لم أقف للشافعية على كلام في هذه المسألة إلا ماذكره السبكي وهذا نصه:" كلامهم يفهم أنه لا فرق بين أن يعقد عقدا آخر، أو يتراضيا بإبقائه بأجرة المثل، ومنه يؤخذ جواز ما يفعله الناس من تبقية الأحكار بيد أربابها بغير عقد، وتؤخذ الأجرة منهم في أقساطها، وكذا تسليم الدار لمن يسكنها بأجرة مثلها من غير عقد لازم وأنا أتوقف في جواز ذلك"[٣٧٤].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وعند الحنابلة: قال العلامة البهوتي في حاشيته على الإقناع:" تنبيه: الخلوات المشهورات يمكن تخريجها عندنا من هذه المسألة، مع ما تقدم من جواز بيع المنفعة مفردة عن العين، كعلو بيت يبنى عليه ونحوه، كما تقدم في أول البيع والصلح؛ إذ العوض فيها مبذول في مقابلة جزء من المنفعة، فإذا كانت أجرة مثل المكان عشرين مثلا، ودفع لجهة الوقف شيئا معلوما على أن يؤخذ منه عشرة فقط، فقد اشترى نصف المنفعة، وبقي

---

[٣٧٢] الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١٢٩) دار الكتب العلمية، رد المحتار (٥٢٢/٤-٥٢٣)

[٣٧٣] منح الجليل (٥٢/٧)

[٣٧٤] أسنى المطالب (٤٢٠/٢)

للوقف نصفها، فيجوز في الحالة التي يجوز بها بيع الوقف، بل هو أولى؛ لأن فيه بقاء عين الوقف في الجملة" [٣٧٥].

وما ذكر من النصوص الدّالة على مشروعية الخلوات؛ ينبغي تقييده بما نص عليه المالكية من شروط لجواز الخلوات، كما أن هذه الشروط قد نص عليها ابن عابدين في رد المحتار، وهي كالآتي:

أولا: أن يكون الوقف قد آل إلى الخراب، و لم يكن له ريع يعمر به، فإن كان له ريع يعمر به فلا يصح فيه خلو.

ثانيا: أن تكون الدراهم المدفوعة لشراء الخلو؛ عائدة على جهة الوقف، يصرفها الناظر في مصالحه، فإن لم تعد الدراهم على جهة الوقف، بل صرفها الناظر في مصالح أخرى، لم يكن للدافع خلو وله الرجوع على الناظر بماله.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثالثا: ينبغي أن يوضح في عقد الخلو قدر ما تملكه دافع الدراهم من خلو، وهذ يتعلق كذلك بالخلو الجاري في الأملاك الخاصة.

رابعا: يبقى حق الخلو ثابتا لصاحبه بشرط الالتزام بأجر المثل، حفاظا على الأوقاف من الاستغلال، ولا يشترط ذلك في الوقف الآيل للخراب والذي دفع مالك الخلو الدراهم لإصلاحه وإعداده للاستغلال [٣٧٦].

فإذا التزمت هذه الشروط كان مالك الخلو؛ أحق بالقرار في المحل الذي ملك خلوه وليس لأحد أن يخرجه منه.

---

[٣٧٥] مطالب أولي النهى (٣٧٠/٤)

[٣٧٦] فتح العلي المالك (٢٥٠/٢)، رد المحتار (٥٢٢/٤-٥٢٣)

الفقرة السابعة: الاعتياض عن حق الخلو:

لم أقف عمن تكلم في مسألة التصرف في الخلوات من غير المالكية، وقد نصوا على أن الخلو من ملك المنفعة، وأن مالكه له التصرف فيه كيفما شاء، فله بيعه وله تأجيره ورهنه، وتسديد دينه منه، كم أنه يورث عنه[٣٧٧].

التحليل:

من خلال ما سبق عرضه يمكن قول ما يلي:

-أن الخلو ما هو إلا ملك لحق القرار في عقار؛ سواء كان هذا العقار أرضا أو دارا أو حانوتا، وهو حق يتعلق بمنفعة مالية فكان مالا، ومن الحنابلة من نص على ذلك، وعليه فالأصل أن قواعد الشافعية لا تأبى جوازه خصوصا في الأملاك؛ لأنهم يجيزون بيع المنفعة مفردة على التأبيد.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وأنه من ملك المنفعة لذا اطرد مذهب المالكية في جواز التصرف فيه بمختلف صور المعاوضات.

-كما نلحظ أن من الحنفية من قال بجواز الخلو إعمالا لعرف الناس، وكذا لضرورة المحافظة على منافع الأوقاف، فانخرم أصل الحنفية عندهم في عدم جواز المعاوضة على الحقوق المجردة؛ لمصادمته العرف والضرورة.

---

[٣٧٧] منح الجليل (٥٢/٧)، فتح العلي المالك (٢٥١/٢)، حاشية الخرشي (٧٩/٧)

الفصل الثاني:

الحقوق المجردة: تكييفها الفقهي، وأثره على صيغ التبادل فيها، ونماذجها المعاصرة:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: التكييف الفقهي للحقوق المجردة، وأثره على صيغ التبادل فيها:

المبحث الثاني: نماذج معاصرة للحقوق المجردة:

المبحث الأول: التكييف الفقهي للحق المجرد، وأثره على صيغ التبادل فيها:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: موقف الفقهاء القدامى من مالية الحق المجرد:

المطلب الثاني: موقف الفقهاء المعاصرين من مالية الحق المجرد:

المطلب الثالث: صيغ التبادل (النقل) في الحقوق المجردة:

تمهيد:

لا يعدو الحق المجرد أن يكون اختصاصا بمنفعة؛ كونه يستوفى دون التعرض لأصل قرار الملك، وهذا ما يصرح به الفقهاء في نصوصهم، ومنها:

ما جاء في ردّ المحتار: " أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى، وهو البناء، فأشبه **المنافع...**"[٣٧٨].

وفي منح الجليل: " والخلو من ملك **المنفعة** لا من ملك الانتفاع..."[٣٧٩].

وقال النووي: " من **المنافع** شرعا حق الممر بأرض أو على سطح ..."[٣٨٠].

وفي المغني: " فإن كان أجر رأس الجدار للبناء عليه، فهو إجارة، لكن لا يشترط فيها بيان المدة في الأصح؛ لأنه عقد يرد على **منفعة**، وتدعوا الحاجة إلى دوامه، فلم يشترط فيه التأقيت"[٣٨١].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

كما يجدر التنبيه إلى أن من الحقوق المجردة ما هو متعلق بمال، كحق الخلو والمرور والشِّرب، ومنها ما لا يتعلق بمال كحق القسم بالنسبة للزوجة، ومن هذه الحقوق ما له وجود في الخارج كحق الشرب والمرور، ومنها ما هو أمر اعتباري لا وجود له في الخارج إلا بفرض الشارع كحق الشفعة[٣٨٢].

من خلال ما تقدم يظهر لنا أن الحق المجرد يأخذ حكم المنافع، وأن مرجع الخلاف في الاعتياض عنه؛ مردّه إلى تباين منزع الفقهاء في الوصف الذي يشترط أن يتعلق بالمنفعة حتى يجوز الاعتياض عنها.

---

[٣٧٨] رد المحتار (٨٠/٥)

[٣٧٩] منح الجليل (٥١/٧)

[٣٨٠] المنهاج بشرحه تحفة المحتاج (٢٣٩/٥-٢٤٠)

[٣٨١] المغني (٣٢٦/٤)

[٣٨٢] انظر دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، للدكتور محمد مصطفى أبوه الشنقيطي (٧٠١/٢)

فذهب المالكية إلى اشتراط الملك فقط، جاء في الذخيرة:" من ملــك المنفعــة لــه المعاوضة عليها وأخذ عوضها "[٣٨٣].

بينما اشترط الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة- الماليــة، فينبغــي لمــن أراد الاعتياض عن شيء؛ أن يكون ذلك الشيء ماليا[٣٨٤].

ومسألة مالية المنفعة، التي تستتبع مالية الحقوق المجردة؛ هي التي ســنعرض لهــا في المطلب الآتي.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[٣٨٣] الذخيرة (٣٤٠/٦)

[٣٨٤] بدائع الصنائع (١٤٠/٥)، مغني المحتاج (٣٤٢/٢)، شرح منتهى الإرادات (٧/٢)

المطلب الأول:

موقف الفقهاء القدامى من مالية الحقوق المجردة

سبق أن بينا أن مسألة مالية الحقوق المجردة؛ هي تبع لمسألة مالية المنافع، وهذا ما سيتم بيانه في هذا المطلب؛ إلا أن طبيعة البحث تقتضي معرفة مدلول الشيء قبل التعرض للمسائل المتعلقة به.

معنى المنفعة

لغة:

النفع ضد الضرّ، والمنفعة اسم ما انتفع به[٣٨٥].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

اصطلاحا:

عرفها ابن عرفه بقوله: **" ما لا يمكن الإشارة إليه حسًّا دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء ممّا أضيف إليه ".**

شرح التعريف:

قوله: "ما لا يمكن الإشارة إليه حسًّا": يحترز به عما يمكن الإشارة إليه حسًّا من الأعيان بنفسه، كالثّوب والدّابة.

قوله: " يمكن استيفاؤه": قيد أخرج به العلم والقدرة؛ لأنه لا يمكن استيفاؤهما.

قوله: "غير جزء ممّا أضيف إليه": أخرج به نصف الدّار مشاعا؛ لأنه يصدق عليه التعريف[٣٨٦].

---

[٣٨٥] لسان العرب المحيط (٦٩٣/٣)

[٣٨٦] شرح حدود ابن عرفة (٣٩٦)

ويمكننا أن نلاحظ ما يلي:

-أن المنفعة في إطلاق الفقهاء يقصد به العَرَض الذي يقابل العين، يقول السرخسي:" المنفعة عرض يقوم بالعين، والعين جوهر يقوم به العرض، ولا يخفى على أحد التفاوت بينهما....."[٣٨٧].

-ما دامت المنفعة عرضا، فإنها تحدث شيئا فشيئا بمرور الزمن، فيكون استيفاؤها كذلك؛ لأن المنافع لا تبقى وقتين بخلاف العين فإنها تبقى أوقاتا، وهذا شأن كل الأعراض[٣٨٨].

-أن المنافع لما كانت متعلقة بالأعيان، فإنها تختلف وتتعدد تبعا لاختلاف أعيانها، فكل عين لها منافع تليق بطبيعتها، فالسكنى منفعة الدار، والقراءة منفعة الكتاب، والركوب منفعة ما يركب، ومنفعة الصناع فيما يقدمونه من أعمال وخدمات وهكذا[٣٨٩]...، يقول الزنجاني:" كل عين لها هيئة تتميز بها عن الأخرى، وبها تستعد لحصول الغرض منها فهي منفعتها، وهذه الهيئات أعراض متجددة توجد وتفنى كسائر الأعراض..."[٣٩٠].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

مالية المنافع[٣٩١]

اختلف العلماء في اعتبار المنافع أموالا على قولين، ومما يجدر التنبيه إليه ما يلي:

---

[٣٨٧] المبسوط (١١/٨٠)

[٣٨٨] المبسوط (١١/٨٠)، وانظر نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي، بحث أعد لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي، إعداد: تيسير محمد برمو، دمشق ٢٠٠٣(ص٢٩)

[٣٨٩] نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي (٢٩)

[٣٩٠] تخريج الفروع على الأصول (٢٢٥)

[٣٩١] يكون التركيز في عرض المسألة على مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، وسيكون ذكر المذهب المالكي تبعا؛ ذلك أن الثمرة المرجوة من إثبات المالية هو جواز التصرف في الحقوق المجردة، وقد تم بيان أن المالكية لم يعتبروا وصف المالية حتى تجوز المعاوضة وإنما اعتبروا لذلك الملك.

-أن المنافع التي لا تتعلق بالأعيان المالية؛ لا تعتبر مالا عند الجميع، فهي خارجة عن محل النزاع، ومن ذلك ما جاء في حق القسم، قال ابن قدامة:" فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح، لأن حقها في كون الزوج عندها، **وليس ذلك بمال**، فلا تجوز مقابلته بمال"[٣٩٢].

-وإنما الخلاف واقع في المنافع المتعلقة بالأعيان المالية:

القول الأول:

وهو مذهب الحنفية[٣٩٣] والمالكية[٣٩٤]، وقد نصّوا على أن المنافع ليست أموالا، وإنما تأخذ حكم المالية بالعقد؛ سواء كان هذا العقد صحيحا أم فاسدا، ويتسنى لنا معرفة ذلك من أمور ثلاث:

أولا: تعريفهم للمال: فمن خلال إدراك مفهوم المال؛ يمكن معرفة ما ينطبق عليه وصف المالية من الأفراد.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثانيا: التنصيص على ذلك.

ثالثا: صنيعهم في الفروع الفقهية.

هذا والمعول في نسبة الأقوال إلى المذاهب الأمر الثاني -التنصيص-؛ إلا أنه يمكن اعتبار الأمر الأول من قبيل معرفة منشأ الأمر، والأمر الثالث تأكيدا وتطبيقا له.

أولا: تعريف المال:

عند الحنفية: قال ابن عابدين:" المراد بالمال: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادّخاره[٣٩٥].

---

[٣٩٢] المغني (٢٣٧/٧)، وانظر مغني المحتاج (٥٢٥/٤)، وقد اقتصر الباحث في النقل على الشافعية والحنابلة؛ لأن الحنفية والمالكية لا يعدون المنافع أموالا سواء تعلقت بأعيان مالية أم غير مالية.

[٣٩٣] المبسوط (٧٩/١١)، كشف الأسرار (٩٣/٤)، رد المحتار (٣٠٧/٢)، التلويح على التوضيح (٣٧٠)، بدائع الصنائع (١٢/٥)، تبيين الحقائق (٤٧/٥)، فتح القدير (٤٨٩/١٠)

[٣٩٤] الذخيرة للقرافي (٢٨١/٨-٢٨٣)

[٣٩٥] رد المحتار (٥٠١/٤)

تحليل التعريف: الذي يظهر من خلال التعريف أن المالية عند الحنفية تقوم على أساسين اثنين، هما: العينية والعرف.

العينية: ويقصد بها أن يكون الشيء مادّيا ذا وجود خارجي، واستفيد ذلك من إمكان الادخار الذي نصّوا عليه في تعريفهم للمال.

وخرج بذلك المنافع، فلا يقع عليها اسم المال؛ لأنها أمور اعتبارية لا أعيان مادية.

العرف: ويقصد به أن يتعارف الناس تَمَوُّله، والحفاظ عليه، وإجراء البذل فيه، وكذا المنع، فما لم تجر التصرفات هذه في عين مادية؛ لا تكون مالا، كالإنسان الحرّ، والمحقّرات كحبة من قمح أو شعير.

ويكون الأساس الأول –العينية- كالقيد بالنسبة للأساس الثاني –العرف-؛ وعليه فما اعتاد الناس تموله وصيانته، وإجراء البذل فيه والمنع، مما ليس عينا مادية – لا يعتبر في نظر الحنفية مالا، وإنما يكون ملكا[٣٩٦]، وهذا حال المنافع والحقوق المجردة.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

والمقصود بالملك: ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص[٣٩٧].

ثانيا: التنصيص على عدم اعتبار المنافع أموالا:

عند الحنفية: جاء في المبسوط:" والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقوم "[٣٩٨]، وفي البدائع:" والمنفعة ليست بمال "[٣٩٩]، وفي التلويح:" والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدّخر للانتفاع به وقت الحاجة "[٤٠٠]، وفي ردّ المحتار:" لأن المنفعة ليست بمال حقيقة "[٤٠١]

---

[٣٩٦] المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للزرقا (١٢٦)

[٣٩٧] التلويح على التوضيح للتفتزاني (٣٧٠)

[٣٩٨] المبسوط (٧٩/١١)، والمقصود بالمتقوم: المال المباح الانتفاع به شرعا، انظر رد المحتار (٥٠١/٤)

[٣٩٩] بدائع الصنائع (١٢/٥)، و(٥٣/٦)، و(٢٨٥/٦)

[٤٠٠] التلويح على التوضيح (٣٧٠)

[٤٠١] رد المحتار (٣٠٧/٢)، (٥١/٥)، (٣٨٠/٥)، (٦٩٢/٦)

عند المالكية: قال القرافي:" ويدلنا على أن المنافع ليست مالا خمسة أوجه "[٤٠٢].

فهذه نصوص في غاية الصراحة، تفيدنا عدم اعتبار المنفعة مالا عند كل من الحنفية والمالكية.

ثالثا: الفروع الفقهية:

وأظهر مسألة يمكن من خلالها، بيان رأي المذاهب في مسألة الباب، هي قضية ضمان المنافع:

عند الحنفية: المنافع عند الحنفية لا تضمن بالغصب أو الإتلاف، وإنما يكون ضمانها بالعقد، كان هذا العقد صحيحا أم فاسدا، ويستوي في عدم الضمان قيام الغاصب للمنفعة باستعمالها والتصرف فيها، أو تعطليها وعدم استيفائها، وكذا عدم تمكين صاحبها أو غيره من الانتفاع بها؛ أي أنه جعلها تفوت دون استغلال أحد.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فمن غصب دارا وسكنها، أو أجرّها، لا يضمن منفعتها، ولا يغرم أجرها، ومن غصب دابة فركبها لا يضمن أجرها، ومن سخّر حرّا – أي كلفه عملا بلا أجرة – أو أجبره على القيام بعمل ما، يأثم ويؤدّب على ما صنع؛ لكنه لا يضمن شيئا، ومن استعمل مالا لغيره دون إذنه لا يلزمه ضمان منفعته؛ أي لا يلزمه أجر المثل، وكذلك إذا غصبه و لم يستعمله لا يضمن منفعته ولا يغرم أرش المثل[٤٠٣].

التعليل: وقد علل الحنفية ما سبق تقريره؛ بأن المنفعة ليست مالا متقوما أصلا؛ فلا تضمن عند الإتلاف[٤٠٤].

---

[٤٠٢] الذخيرة (٢٨١/٨)

[٤٠٣] رد المحتار (٢٠٦/٦)، تبيين الحقائق (٣٢٤/٥)، العناية على الهداية (٣٥٤/٩)، وانظر نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي ص١٥٣

[٤٠٤] المبسوط (٧٩/١١)

القول الثاني:

وهو مذهب الشافعية[405] والحنابلة[406]، وقد نصّوا على أن المنافع لها حكم الأعيان المتعلقة بها؛ وعليه فمنافع الأعيان المالية تعدّ مالا.

ويعرف مذهبهم، من تعريفهم للمال، ومن التنصيص عليه، ومن صنيعهم في الفروع الفقهية، تماما كما هو الحال عند الحنفية والمالكية.

أولا: تعريفهم للمال:

عند الشافعية: عرف الشافعية المال بما نسبه السيوطي للشافعي في قوله:" لا يقع اسم المال؛ إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه"[407].

عند الحنابلة: وعرفه الحنابلة في معرض كلامهم عن شروط المبيع فقالوا:" هو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة"[408].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وعرفوه أيضا بأنه:" ما يباح نفعه مطلقا، أي في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة"[409].

فالذي نلحظه من تعريف الشافعية والحنابلة للمال هو عدم اشتراط العينية، كما هو الحال عند الحنفية، وهذا ما يفيد إمكان إطلاق اسم المال على المنفعة.

ثانيا: تنصيصهم على اعتبار المنفعة مالا:

---

[405] الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣٨)، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (٢٢٥-٢٢٦)

[406] كشاف القناع (٤/٧٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٢٠)، المغني (٥/١٧٥) و(٧/١٦٢)

[407] الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣٨)

[408] الإقناع بشرحه كشاف القناع (٣/١٥٢)

[409] شرح منتهى الإرادات (٢/٨)

عند الشافعية: قال الزنجاني:" ومعتقد الشافعي ﷺ أن منافع الأعيان بمنزلة الأعيان القائمة في الماهية، وحقيقتها عند تهيؤ الأعيان واستعدادها بهيئتها وشكلها؛ لحصول الغرض منها، مثاله: أن الدار بسقوفها لتُهيأ لدفع الحرّ والبرد، وبحيطانها لدفع السرّاق والغصّاب عما فيها، وبأرضها لمنع الهويّ بسكانها إلى أسفل، وكذلك كل عين لها هيئة تتميز بها عن الأخرى، وبها تستعد لحصول الغرض منها؛ فهي منفعتها، وهذه الهيئات أعراض متجددة، توجد وتفنى كسائر الأعراض، وهي أموال متقومة؛ فإنها خلقت لمصالح الآدمي، وهي غير الآدمي، وإطلاق لفظ المال عليها أحق منه على العين، إذ الأعيان لا تسمى مالا إلا لاشتمالها على المنافع؛ ولذلك لا يصح بيعها بدونها"[٤١٠].

عند الحنابلة: قال البهوتي:" ولأن المنفعة مال متقوم، فوجب ضمانه كالعين"[٤١١]، وقال :" لأن منفعته مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب"[٤١٢]، وقال أيضا:" ولأن المنفعة مال فوجب أن تضمن كالعين"، وقال ابن قدامه:" لأنه فوّت منفعته، وهي مال يجوز أخذ العوض عنها"[٤١٣].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فهذه نصوص الشافعية والحنابلة دالة على اعتبار المنافع المتعلقة بالأعيان مالا.

ثالثا: صنيعهم في الفروع الفقهية: ونأخذ ضمان المنافع مثالا لذلك:

ذهب الشافعية[٤١٤] والحنابلة[٤١٥] إلى أن منافع الأعيان المملوكة – كمنفعة الدار والدابة ونحو ذلك- تضمن بالغصب والاعتداء.

وتعليل ذلك: أن الشرع قد قوّمها ونزّلها منزلة الأموال فكانت مضمونة، يقول العزّ ابن عبد السلام:" لأن الشرع قد قوّمها ونزّلها منزلة الأموال؛ فلا فرق بين جبرها بالعقود

---

[٤١٠] تخريج الفروع على الأصول (٢٢٥-٢٢٦)

[٤١١] شرح منتهى الإرادات (٣٢٠/٢)

[٤١٢] كشاف القناع (٧٨/٤)، و(٨٠/٤)

[٤١٣] المغني (١٧٥/٥) و(١٦٢/٧)

[٤١٤] مغني المحتاج (٣٥٣/٣)

[٤١٥] المغني (١٦٣/٥)، كشاف القناع (١١١/٤)، شرح منتهى الإرادات (٢٩٧/٢)

وجبرها بالتفويت والإتلاف؛ لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فمن غصب قرية قيمتُها في كل سنة ألف درهم، وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها؛ و لم تلزمه قيمتها، لكان ذلك بعيدا من العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه..."[٤١٦].

وبعد عرض مذاهب العلماء في مسألة مالية المنافع، نصل إلى بيان الأدلة ومناقشتها:

الأدلة: واستدل كل من الفريقين على ما قرره بما يلي:

أدلة القول الأول: وفيما يلي عرض لأدلة الحنفية والمالكية على أن المنافع ليست أموالا:

أولا: أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى؛ فلا يتصور فيها التمول[٤١٧].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويُردّ على ذلك، بأن المنافع متمولة، ودليل تمولها اعتياد الناس واعتبارهم لها في تجاراتهم ومعايشهم، والمنفعة باقية ما بقيت العين، وتجددها مستمر لبقاء العين، وأيضا فإن الإتلاف متصور في المنافع[٤١٨]؛ لأنه تقرر عندكم أن المنافع تتقوم في العقود، ويلزم من ذلك ضمانها، والضمان فرع الإتلاف.

ثانيا: أن التقوم –أي المالية- يحتاج إلى وجود الشيء وإمكان إحرازه، وهذا غير متحقق في المنافع فلم تكن مالا، قال السرخسي:" لأن المتقوم لا يسبق الوجود، فإن

---

[٤١٦] قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١٨٣/١)

[٤١٧] المبسوط (٧٩/١١)

[٤١٨] بيع الاسم التجاري، بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م (٢٣١٣)

المعدوم لا يوصف بأنه متقوم، إذ المعدوم ليس بشيء، وبعد الوجود التقوم لا يسبق الإحراز، والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فكيف يكون متقوما"[٤١٩]

ثالثا: أن إثبات المالية للمنفعة بالعقد؛ اعتبر بخلاف القياس، وكان ذلك بإقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة؛ لأجل الضرورة والحاجة، وكذلك الأمر في الصداق، ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في غير ذلك، وما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا ينقاس[٤٢٠]

ويُردّ عليه بأن المالية لم تثبت لاحتياج العقد إليها؛ لأن العقد قد يصح دون تقوم المنفعة كالخلع؛ فإن منافع البضع غير متقومة في حال الخروج عن العقد، وإن كانت متقومة في حال الدخول فيه؛ ولّما صحّ مقابلتها بالمال حال الخروج وهي ليست متقومة، علمنا أن المنافع متقومة بنفسها دون العقد[٤٢١]

رابعا: أن المنافع لا تقوّم على المفلس، ولو كانت مالا لقوّمت ولسُدَّ منها حق الدائنين[٤٢٢]

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وفيه نظر، فقد نصَّ متأخرو المالكية على أن حق الخُلو، وهو من ملك المنفعة، يُسَدُّ منه حق الدائنين[٤٢٣]؛ فامتنع الاستدلال.

خامسا: المنافع لا تجب فيها الزكاة؛ ولو كانت مالا لوجب فيها الزكاة شأنها شأن كل الأموال[٤٢٤]

ويُردّ على ذلك بما ذكره الزركشي في منثوره عند كلامه عن مالية المنفعة حيث قال:" وينبغي أن يُخَرَّج فيها وجهان من الخلاف، فيما لو استأجر عقارا ليكريه بزيادة

---

[٤١٩] المبسوط (٧٩/١١)

[٤٢٠] المبسوط (٧٩/١١)

[٤٢١] انظر التوضيح بشرحه التلويح (٣٧١)

[٤٢٢] الذخيرة (٢٨١/٨)

[٤٢٣] انظر منح الجليل (٥٢/٧)

[٤٢٤] الذخيرة (٢٨١/٨)

ويربح، فهل تلزمه زكاة للتجارة؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن المنافع مال، فكان التصرف فيها كالتصرف في الأعيان، والثاني: لا؛ لأن المنافع ليست بأموال حاصلة وإنما هو بعوض"[٤٢٥].

سادسا: أن الوصي لو توانى في عقار اليتامى فلم يؤجره لم يضمن، ولو تسبب أو أهمل شيئا من مالهم ضمنه، فدلّنا على أن المنافع ليست أموالا كالأعيان؛ لاختلاف الحكم فيهما[٤٢٦].

سابعا: أنه على أصل الشافعية والحنابلة:

-لو حلف إنسان على أن لا مال له، وله منافع بوصية، أو إجارة؛ لا يحنث في الأصح؛ لأن المفهوم من لفظ المال عند الإطلاق الأعيان.

-كما أنهم ذكروا أن الشخص لو أقر بمال وفسّره بمنفعة لم يقبل[٤٢٧]، فدلنا ذلك على أن المنافع ليست أموالا.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أدلة القول الثاني: استدل الشافعية والحنابلة على أن المنافع مال بما يلي:

أولا: أن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، والمنافع تحقق ذلك، وإنما تعرف مالية الشيء بالتمول، والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها؛ فإن أعظم الناس تجارة الباعة، ورأس مالهم المنفعة، وقد يستأجر المرء جملة ويؤجر متفرقا؛ لابتغاء الربح، كما يشتري جملة ويبيع متفرقا، وولي الصبي يستأجر له بماله فيصح منه، وبهذا تبين أن المنافع في المالية مثل الأعيان[٤٢٨].

---

[٤٢٥] المنثور (٢/٢٩٢)

[٤٢٦] الذخيرة (٨/٢٨١)

[٤٢٧] المنثور (٢/٢٩٢)، وانظر مغني المحتاج (٦/٢٢٠)

[٤٢٨] المبسوط (١١/٧٨)

ثانيا: أن الأعيان تزيد قيمتها المالية أو تنقص بحسب المنافع التي تستفاد منها، وما لا منفعة فيه لا يعد مالا، فإذا كانت المنافع هي أصل مالية الأعيان؛ فهي أولى أن تعتبر مالا[٤٢٩]، أضف إلى ذلك أن الطبع يميل إليها، ويسعى في ابتغائها وطلبها، وتُنفق في سبيلها الأموال ويقدم لتحصيلها نفيس الأشياء، يقول العز بن عبد السلام:" لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فمن غصب قرية قيمتُها في كل سنة ألف درهم، وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها؛ و لم تلزمه قيمتها، لكان ذلك بعيدا من العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه، وهذا كله في منافع الأعيان المملوكة"[٤٣٠].

ثالثا: أن المنفعة تصلح أن تكون صداقا، وشرط صحة التسمية؛ أن يكون المسمى مالا[٤٣١]؛ لقوله تعالى:﴿ **أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين**﴾[٤٣٢]؛ فدلنا ذلك على أن المنفعة مال.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

رابعا: أنكم تنصون –الحنفية- على أن المنافع تأخذ حكم المالية بالعقد؛ والعقد لا يصيّر ما ليس بمال مالا، بل صحة العقد متوقفة على المالية؛ فلو توقفت المالية لزم الدور[٤٣٣].

خامسا: أن المنافع تملك بالإرث والوصية، شأنها شأن المال، وقد تقرر أن الوصية بالمنافع معتبرة من الثلث؛ فكانت مالا كالرقاب[٤٣٤].

سادسا: أن الوصي يجوز له أن يبذل مال اليتيم في تحصيل المنافع؛ لأنها متقومة كالأموال[٤٣٥].

---

[٤٢٩] الذخيرة (٢٨٢/٨)

[٤٣٠] قواعد الأحكام (١٨٣/١)

[٤٣١] المبسوط (٧٨/١١)

[٤٣٢] النساء ٢٤

[٤٣٣] الذخيرة (٢٨٢/٨)

[٤٣٤] الذخيرة (٢٨٢/٨)، الحاوي (١٦١/٧)

سابعا: أن المنافع يصح فيها الإذن والإباحة، كسائر الأموال فكانت مالا[٤٣٦].

المناقشة والترجيح:

بعد عرض أدلة الفريقين، يمكن أن نلاحظ ما يلي:

-أن طبيعة الأدلة التي استدل بها الفقهاء؛ على نوعين:

-الأول: ويعتبر الأساس الذي قامت عليه حجج الفريقين، وهو شرط العينية في الشيء حتى يعتبر مالا، وهذا الشرط هو ما يعبر عنه بالإحراز والبقاء، وقد كان مستند من منع مالية المنفعة، بينما شرط العرف محل اتفاق بين الفقهاء.

واشتراط العينية حتى يكون الشيء مالا؛ وبذلك تجوز المعاوضة عليه، يمكن أن يرد عليه مايلي:

جميع الحقوق محفوظة

*أن هذا الشرط من وضع الفقهاء؛ أي أنه مجرد اجتهاد؛ ذلك أنه لم يرد في الشرع ما يدل على مفردات المال، فالمال ليس له حقيقة شرعية وردت في كتاب أو سنة، وقد قرر الفقهاء أن الاجتهاد لا ينقض بمثله.

*أن من الحنفية من قال بجواز المعاوضة على جملة من المنافع، كحق الشرب عند مشايخ بلخ، والنزول عن الوظائف عند متأخري الحنفية؛ ومستند الجواز هو تعارف الناس ذلك ، والذي تقتضيه قواعد المذهب هو عدم الجواز؛ فالحاصل أن شرط العينية أصبح عائقا أمام ما تعارفه الناس واعتادوا المعاوضة عليه[٤٣٧].

*أن شرط العينية دفع الحنفية إلى القول بأن العقود التي وردت على المنافع في الشرع؛ وردت على خلاف القياس فيقتصر عليها، والصحيح أن العقود لا تغيّر الحقائق؛

---

[٤٣٥] الذخيرة (٢٨٢/٨)

[٤٣٦] الذخيرة (٢٨٢/٨)

[٤٣٧] تبيين الحقائق (٥٢/٤)، رد المحتار (٥٢٠/٤)

فما لم يكن مالا لا يصبح كذلك، كما أن هذا ينافي الأصل القائل: بأن الأصل في المعاملة الحل.

-الثاني: بينما باقي الاستدلالات من الجانبين؛ تعد نتيجة لما اعتبر مالا أو لم يعتبر كذلك.

ويمكن الإجابة عليه بما يلي:

أن المنافع والأعيان وإن اشتركت في وصف المالية؛ فإن طبيعتهما مختلفة، فليست كل الأموال مثل بعض، واختلاف الأحكام التي تقع على المنافع والأعيان هو تبع لاختلاف طبيعة كل منهما، وهذا لا يقدح في مالية المنافع في شيء.

وفي ضوء ما سبق يمكن القول؛ بأن الراجح من أقوال الفقهاء في هذه المسألة؛ هو ما ذهب إليه الاجتهاد الشافعي والحنبلي من اعتبار المنافع أموالا؛ ومدرك الترجيح أن حقيقة المال أسند تحديد ماهيتها إلى تعارف الناس ومعاملاتهم، والناس قد تعارفوا مالية المنافع؛ ذلك أنهم يبذلون أنفس ما يملكون لتحصيلها ويحرصون على تنميتها وعدم التفريط فيها.

كما أن كثيرا من المعاصرين الذين تفقهوا على مذهب الحنفية؛ رجّحوا ذلك وصدّوا عن رأي سابقيهم من أئمة المذهب، وهو ما سيتم بيانه في المطلب الآتي.

المطلب الثاني:

مذهب الفقهاء المعاصرين[٤٣٨] في مالية الحقوق المجردة

تكاد تجتمع كلمة العلماء المعاصرين على ضرورة اعتبار المنافع أموالا، وكذا الحقوق المجردة، وأن مذهب الحنفية يعد قاصرا في هذه المسألة.

يقول الدكتور محمد محروس المدرس الأعظمي:" إن الوصول إلى هذه النتيجة هي أمنية —كانت وما تزال- يسعى إليها علماء المذهب؛ لأنهم يرون قصور المذهب في هذه الجزئية"[٤٣٩].

وقد ذكر المعاصرون جملة من الانتقادات والدوافع؛ التي حدت بهم إلى تبني الاجتهاد الشافعي والحنبلي في مسألة مالية المنافع:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الانتقادات:

أولا: وجود الاستثناءات يشعر بضعف الأصل المقرر:

ذلك أن الحنفية لم يطرد أصلهم في عدم اعتبار المنافع أموالا، فقد نص متأخروهم على أن منافع كل من الوقف ومال اليتيم والأعيان المُعَدّة للاستغلال مضمونة، وهذا خلاف أصل المذهب، وكذا الأمر بالنسبة إلى ما ذهب إليه مشايخ بلخ في حق الشرب، ورواية ابن سماعة في حق المرور، وما نص عليه المتأخرون في حق النزول عن الوظائف، يقول الدكتور فتحي الدريني:" ويبدو على اجتهاد الحنفية الصناعة الفقهية؛ ولذا لم تسعفهم في وقائع كثيرة؛ أدّى الأخذ بها إلى مجافاة المصلحة والعدل؛ فعمدوا إلى ما

---

[٤٣٨] سنعرض في هذا النطلب لرأي جمع من العلماء المعاصرين الذين عرفوا بالتفقه على مذهب الحنفية

[٤٣٩] مسألة بيع الحقوق والمنافع في فقه الحنفية للدكتور محمد محروس المدرس الأعظمي، بحوث فقهية من الهند، تقديم وإعداد الكتاب: سماحة الشيخ القاضي مجاهد الإسلام القاسمي (٥٨) دار الكتب العلمية

يسمونه بالاستحسان، كما في غصب مال اليتيم وغصب أموال بيت المال، وغصب منافع المعدّ للاستغلال، وكثرة الاستثناءات هذه تؤذن بضعف المناط العام عندهم"[٤٤٠].

ثانيا: النزعة المادية ظاهرة في تقرير مفهوم المال عند الحنفية:

يقول الشيخ الزرقا:" هذا ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي؛ في إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوم الذاتي؛ هي أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق؛ من نظرية فقهائنا في الاجتهاد الحنفي؛ فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها، وإنما هو غلو في النزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي"[٤٤١].

الدوافع:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويقصد بها المسوغات التي حدت بالمعاصرين إلى القول بمالية المنافع.

أولا: النظر في المعنى اللغوي للمال:

فالمعنى اللغوي للمال هو ما ملكته من كل شيء، والشيء في اللغة يطلق على الموجود والمعدوم والممكن والواجب؛ فيتضح لنا أن المنافع تعد أموالا بالحقيقة الوضعية اللغوية[٤٤٢].

ثانيا: أن معنى المال اصطلاحي، وليس ثابتا بنص كتاب أو سنة:

فهو ثابت بالاجتهاد، ولا مانع من ترك اجتهاد إلى اجتهاد آخر؛ إذا كان الأخير أقرب إلى الصحة والصواب، يقول أبو زهرة:" وذلك لأن الكتاب الكريم والسنة الشريفة

---

[٤٤٠] حق الابتكار في الفقه الإسلامي، الدريني (٣٢)

[٤٤١] المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى أحمد الزرقا (٢١٨)

[٤٤٢] مسألة بيع الحقوق والمنافع في فقه الحنفية للدكتور محمد محروس المدرس الأعظمي(٥٨-٥٩)، وانظر معنى الشيء (٤٨-٤٩)

جاءت فيها كلمة المال، وترك للناس فهمها بما يعرفون ويألفون، وأطلقت على ما كـــانوا يجرون في معاملاتهم، ولم يرد عن صاحب الشرع بيان خاص للمال حتى يكـــون عرفـــا إسلاميا"[٤٤٣].

ثالثا: وجود نصوص فقهية عند الحنفية؛ فيها اعتبار المنافع أموالا:

منها ماجاء في بيان شرائط الموصى به، قال الكاساني:" منها أن يكون مالا....وأن يكون مالا متقوما.....سواء أكان المال عينا أو منفعة عند العلماء كافة"[٤٤٤]، وقال أيضا:" أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له، والمال قد يكـــون عينا وقد يكون منفعة"[٤٤٥].

رابعا: اتساع قواعد المذهب من جهة أحكام العرف[٤٤٦]:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ذلك أن العرف أصل قوي في مذهب الحنفية، يقول ابن عابدين:" اعلم أن المسائل الفقهية إما: أن تكون ثابتة بصريح النص، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتـــهاد أو رأي، وكثير منها ما يبنيه المجتهد على عرف أهل زمانه، بحيث لو كان في زمن العرف الحـــادث لقال بخلاف ما قاله أولا"[٤٤٧]، وقد تعارف الناس في هذا الزمان مالية المنافع، فينبغي الأخذ به وترك ظاهر الرواية، يقول أبو زهرة:" وإن العرف العام في الأسواق والمعاملات المالية؛ يجعل المنافع غرضا ماليا، ومتجرا يُتَّجَر فيه، فالخانات والأســـواق والبيـــوت الـــتي تعـــد للاستغلال بسكناها؛ إنما تتخذ فيها المنافع متجرا ومستغلا؛ تدُّر على أصحابها الدّرّ الوفير؛ فدلّ هذا على أن العرف العام يعتبر المنافع أموالا تبتغى"[٤٤٨]، ويقـــول علـــي الخفيـــف:" واعتبار المنافع من الأموال هو أوجه الرأيين؛ لأنه المتفق مع عرف النـــاس والمُتَّســـق مـــع

---

[٤٤٣] الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة (٤٨)

[٤٤٤] بدائع الصنائع (٣٥٢/٧)

[٤٤٥] بدائع الصنائع (٣٨٥/٧)

[٤٤٦] مسألة بيع الحقوق والمنافع في فقه الحنفية للدكتور محمد محروس المدرس الأعظمي (٦٢)

[٤٤٧] مجموع رسائل ابن عابدين (١٢٥/٢)

[٤٤٨] الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة (٥٣)

أغراضهم ومعاملاتهم؛ فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلبا لمنافعها، ولأجلها يستعيضونها بالنفيس من أموالهم، وما لا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب له، وإذا طلب عدّ طالبه من الحمقى والسفهاء وربما حجر عليه، ولذا كان في المنافع مجال واسع لمعاملاتهم المالية، وليس أدل على ذلك من إقامة الخانات والفنادق والحوانيت والأسواق وبناء دور السكنى وإنشاء السكك الحديدية وبناء البواخر، وما إلى ذلك مما هو معد للاستغلال بالاستعاضة عن منافعه؛ ولذا جاز أن يعتاض عن المنافع بالمال"[449].

خامسا: أن للمنافع قيمة كبرى في هذا العصر، وإهمالها حيف وظلم تأباه الشريعة:

يقول علي حيدر:" وللمنافع قيمة كبرى في هذا الزمان، كما لو أنشأ أحد بنفسه قصرا للاصطياف، وكان أجر المثل السنوي لهذا القصر سبعين جنيها، فانتهز شخص آخر غياب صاحب القصر وسكنه مدة ثلاث سنوات غصبا؛ فعلى رأي الأئمة الحنفية، لا يلزمه أجر، أما عند الشافعي فيلزمه، وبما أن المتأخرين من فقهاء الحنفية قالوا بضمان المنفعة في مال الوقف واليتيم، فيجب على فقهاء عصرنا هذا أن يتشاوروا ويتخذوا قرارا بخصوص قبول مذهب الشافعي في عموم منافع الأموال، وأن يستحصل على إرادة سنيّة بالعمل به"[450].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[449] أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (٢٧)

[450] درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٦٨٦/١)

المطلب الثالث:

صيغ التبادل (النقل) في الحقوق المجردة

تمهيد:

صيغ التبادل التي تقع على الحقوق المجردة؛ يمكن حصرها في ثلاثة هي: التمليك، والإسقاط، والإرث، وسنعرض لكل واحدة من الصور على انفراد.

الفرع الأول:

النقل أو التمليك:

ويقصد بالتمليك: نقل الملك وإزالته إلى مالك آخر[٤٥١]، وله صور هي : البيع، والإجارة، والصلح – إذا كان على دعوى المال-، والهبة، والصدقة، والإعارة، والوصية.

مركز ايداع الرسائل الجامعية

وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في تمليك الحقوق المجردة، إلا أنه يجدر التنبيه إلى أن أظهر مسألة تعرض لها الفقهاء في تمليك الحقوق المجردة؛ هي مسألة الاعتياض سواء كان عن طريق البيع أو عن طريق الصلح، وأحيانا بالإجارة، بينما باقي صور التمليك هي تبع لما سبق، ولذلك سنعرض لخلاف الفقهاء في الاعتياض عن الحقوق المجردة.

مذهب الحنفية:

من خلال ما تم بسطه في الفصل الأول عند الكلام عن أنواع الحقوق المجردة؛ نميّز تطورا في المذهب الحنفي في مسألة الاعتياض عن الحقوق المجردة، ويمكن القول أن هناك خلافا بين متقدمي الحنفية ومتأخريهم:

متقدمو الحنفية:

---

[٤٥١] الموسوعة الفقهية (٢٢٧/٤)

نصّ متقدمو الحنفية على أن الحقوق المجردة لا تقبل الاعتياض عنها، إن بـــالبيع أو الصلح أو الإجارة، وكذا لا تحتمل التمليك بباقي صوره، كالهبة والإعارة، والصدقة.

واستندوا في ذلك على ما يلي:

-أن الحقوق المجردة ليست مالا؛ فلم تحتمل الاعتياض، وبذلك لا يجوز تمليكها.

-أن الاعتياض يفتقر إلى التسليم، وهذا ما لا يمكن تحققه في هذه الحقوق.

_أن في الاعتياض عنها جهالة، والجهالة من شأنها أن تبطل العقود[٤٥٢].

وخالف بعضهم في جزئيات معينة؛ نظرا لتعارف الناس المعاوضة عليهـــا، كحـــق الشرب عند مشايخ بلخ، وحق المرور في رواية ابن سماعة[٤٥٣].

واستثنى متقدمو الحنفية من صور التمليك: الوصية، فأجازوا الوصية بالحقوق المجردة المالية، وتعتبر الوصية من الثلث؛ ومستند استثناء الوصية من صور التمليك؛ أن الوصـــية تمليك بعد الموت فهي كالميراث؛ ومادامت الحقوق المجردة المالية تحتمل التوريـــث فهـــي تحتمل الوصية كذلك[٤٥٤].

متأخرو الحنفية:

نحى متأخرو الحنفية منحى آخر في مسألة الاعتياض عن الحقوق؛ ذلك أنهم لم يجعلوا معيار جواز الاعتياض؛ كون الحق مجردا أو متقررا، وإنما نظروا إلى سبب المشــروعية؛ أي هل هذا الحق مشروع لإزالة الضرر فلا يجوز الاعتياض عنه؟، أم هل هذا الحق مشـــروع أصالة لا لدفع الضرر فيجوز الاعتياض عنه، سواء كان هذا الحق مجردا أم متقررا[٤٥٥].

---

[٤٥٢] تبيين الحقائق (٥٢/٤)، فتح القدير (٤٢٩/٦)، العناية شرح الهداية (٤٢٩/٦)

[٤٥٣] فتح القدير (٤٢٩/٦-٤٣٠)، الفتاوى الهندية (٢٩٤/٦)، غمز عيون البصائر (٣٧١/١)

[٤٥٤] البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٤٦/٨)، بدائع الصنائع (١٨٩/٦-١٩٠).

[٤٥٥] رد المحتار (٥٢٠/٤)

والذي أدى بمتأخري الحنفية إلى إحداث هذا المعيار هو العرف الذي صادم ما تقرر عند المتقدمين منهم، وقد تمّ بيان ذلك في حق الترول عن الوظائف.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا المنحى – النظر إلى سبب المشروعية – لم يستحدثه الحنفية، وإنما هم فيه تبع للشافعية والحنابلة، فقد منعوا من الاعتياض عن الحقوق التي شرعت لدفع الضرر كحق القسم بالنسبة للزوجة، وحق الشفعة.

مذهب المالكية:

من خلال ما سبق بيانه؛ يظهر لنا أن المالكية أوسع المذاهب في مسألة الاعتياض عن الحقوق المجردة وبالتالي تمليكها؛ ذلك أن المالكية لم يشترطوا مالية الحقوق حتى يجوز الاعتياض عنها؛ وإنما اشترطوا الملك؛ أي أن من ملك الحق والمنفعة؛ جاز له التصرف فيها بالاستيفاء والتمليك بعوض وبغيره، بخلاف من ملك الانتفاع؛ فإنه لا يجوز له إلا الانتفاع الشخصي، يقول القرافي مقررا هذا المعنى: "من ملك المنفعة له المعاوضة عليها وأخذ عوضها، ومن ملك أن ينتفع ليس له المعاوضة، كسكنى المدارس والربط والجلوس في المساجد والطرق؛ ليس لأحد أن يؤجر مكانه في المسجد أو المدرسة أو الطريق؛ لأنه لم يملك المنفعة، بل يملك أن ينتفع بنفسه فقط[٤٥٦].

والذي يظهر من خلال نص القرافي أن الفرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع هو كالآتي:

-أن مالك المنفعة له سلطة التصرف بنفسه، أو بتمكين غيره، بينما مالك الانتفاع ليس له ذلك، وإنما له الانتفاع بنفسه فقط.

-مالك المنفعة له المعاوضة على المنفعة بخلاف مالك الانتفاع ليس له ذلك.

---

[٤٥٦] الذخيرة (٦/٣٤٠-٣٤١)

مذهب الشافعية والحنابلة:

ويعد الشافعية والحنابلة مذهبا وسطا بين الحنفية والمالكية، فهم ذهبوا إلى جواز الاعتياض عن حقوق مجردة دون أخرى؛ وبذلك يمكننا وضع معالم أو شروط المذهبين في جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة- ويمكن أن يُعدّى إلى الحقوق جميعا-، وهي كالآتي:

-الحقوق المجردة التي يجوز الاعتياض عنها؛ هي التي تتعلق بأعيان مالية، بينما التي لا تتعلق بأعيان مالية لا يجوز الاعتياض عنها بمال، وذلك كحق القسم بالنسبة للزوجة[٤٥٧].

-الحقوق المجردة التي تثبت لإزالة الضرر؛ لا يجوز الاعتياض عنها؛ لأن الاعتياض عنها فيه إشعار بأن لا ضرر؛ فيبطل العوض لبطلان مُعَوَّضِه، كما هو الحال في حق الشفعة وحق القسم[٤٥٨].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

-الحقوق التي لا حاجة للناس إليها، وفيها جهالة لا يجوز الاعتياض عنها، كحق الشرب عند الشافعية، في حين تغتفر الجهالة إذا كان الناس في حاجة إلى الحق، كحق المرور، والتسييل.....[٤٥٩].

-لا بد أن يكون متعلق الحق مملوكا؛ وإلا لم يجز الاعتياض عنه، كحق الشرب عند الحنابلة، فإن الماء الذي تعلق به الحق لا يملك[٤٦٠].

-لا بد أن يكون الحق من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع؛ حتى يجوز الاعتياض عنه، وذلك كحق التحجير لما كان من قبيل ملك الانتفاع لم تجز المعاوضة عليه[٤٦١].

---

[٤٥٧] مغني المحتاج (٤٢٥/٤)، تحفة المحتاج (٤٣٥/٧)، المغني (٢٣٧/٧)، شرح منتهى الإرادات (٥١/٣)

[٤٥٨] أسنى المطالب (٣٧٨/٢)، كشاف القناع (٤٠٢/٣)

[٤٥٩] مغني المحتاج (٥٢١/٣)

[٤٦٠] المغني (٣٢٠/٤)

[٤٦١] مغني المحتاج (٥٠٤/٣)، المغني (٣٢١/٥)

الترجيح:

والذي يظهر للباحث أن الراجح هو ما قرره المالكية من اشتراط ملكية المنفعة لا غير؛ ويرجع ذلك إلى ما يلي:

-أن أساس منع تمليك الحقوق المجردة عند الحنفية؛ هو عدم ماليتها، وقد ثبت ضعف هذا الرأي فيما سبق.

-أن مذهب الحنفية فيه تضييق على الناس في استعمال حقوقها، بنفسها أو بتمكين الغير من استيفاء الحق بعوض أو بغيره؛ ذلك أن من أراد استعمال حق مجرد للغير؛ لم يكن له من سبيل إلا أن يسقط مالك الحق ملكه بغير عوض، وذلك متعذر؛ لأن الأصل أن يتشاحّ الناس فيما يملكون.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

-أن الحنفية أنفسهم اضطروا إلى مخالفة ما قرره أئمتهم؛ وهذا يشعر بضعف مذهبهم، قال ابن عابدين في مسألة الترول عن الوظائف:" فالمسألة ظنية والنظائر المتشابهة للبحث فيها مجال..."[٤٦٢].

-أن الشافعية والحنابلة وإن كان مذهبهم قريبا من مذهب المالكية في التطبيق؛ إلا أنه انخرم في مسألة الترول عن الوظائف بمال، فالوظيفة ليست حقا متعلقا بعين مالية، وإنما هي أمر اعتباري لا وجود له إلا فيما تواضع عليه الناس، وكان الأحرى بما تقرر عندهم؛ عدم جواز أخذ العوض عن الترول عن الوظائف، والذي جعلهم يشرعون ذلك؛ هو تعارف الناس هذه المعاملة.

-أن اشتراط الشافعية والحنابلة كون الحق مشروعا أصالة لا لدفع الضرر؛ حتى يجوز الاعتياض عنه؛ لأن في الاعتياض عنه إشعارا بانتفاء الضرر الذي شرع لأجله الحق — مَحَلُ نظر؛ ذلك أن الإنسان قد يتحمل ضررا لدفع ضرر أكبر منه، وليس بالضرورة أن يكون تركه لحقه لازما لانتفاء الضرر، وصنيع صفية رضي الله عنها مع عائشة رضي الله عنها فيه دليل على

---

[٤٦٢] رد المحتار (٤/٥٢٠)

ذلك؛ فقد تنازلت عن ليلتها؛ لدفع ضرر أكبر وهو دفع ما وجد رسول الله ﷺ في نفسه منها.

-وبقي مذهب المالكية مطردا؛ فهو لم يتخلف في حق من الحقوق؛ فكان أولى بالترجيح، أضف إلى ذلك أنه يفتح مجالا أوسع وأرحب في الاستفادة من الحقوق بالاعتياض عنها.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الفرع الثاني:

الإسقاط:

ومعنى الإسقاط: إزالة الملك أو الحق، لا إلى مالك ولا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به، فالساقط ينتهي ويتلاشى ولا ينتقل، وذلك كالطلاق والعتق والعفو عن القصاص، والإبراء من الدين[٤٦٣].

هذا والإسقاط على ضربين: إسقاط بعوض، وإسقاط بغير عوض.

الإسقاط بغير عوض: وهو الإسقاط المحض، والأصل أن الحقوق المجردة تقبل الإسقاط المحض؛ ذلك أن من ملك الحق له أن يستوفيه وله أن يتركه.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أضف إلى ذلك أن الإسقاط المحض يتم بإرادة المسقط وحده، ولا يحتاج إلى موافقة من أسقط له الحق؛ لأن جائز التصرف لا يمنع من إسقاط حقه؛ ما دام لم يمس حق غيره[٤٦٤].

الإسقاط بعوض: الإسقاط بعوض له حكم المعاوضة؛ فما جاز فيه الاعتياض، جاز إسقاطه بعوض؛ وعليه ما قيل في مسألة التمليك يقال هنا.

والإسقاط بعوض يخالف الإسقاط المحض؛ في اشتراط قبول الطرف الآخر حتى ينفذ في الجملة؛ لأن الحكم متوقف على قبول دفع العوض من الطرف الآخر؛ إذ المعاوضة لا تتم إلا برضى الطرفين.

---

[٤٦٣] أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، د: أحمد صويعي شليبك (١٨)، الموسوعة الفقهية (٤/٢٢٦)، موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي (٨/٢٣٣-٢٣٤)

[٤٦٤] أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي (٦٦)، الموسوعة الفقهية (٤/٢٣٠)، موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي (٨/٢٥٠-٢٥١)

وجدير بالذكر: أن الإسقاط بعوض يطلق على ما كان من الحقوق أمرا اعتباريـــا، كالمبيت في حق القسم، قال عليش:" في إطلاق لفظ البيع على هذا تجوز؛ لأن المبيـــع لا يكون إلا ذاتا، وإنما هو إسقاط بعوض "[٤٦٥]، وكذا الأمر في النزول عن الوظائف بمـــال: قال البهوتي:" لكن النزول عنه بعوض على غير وجه البيع جائز، كما ذكره ابن نصر الله، قياسا على الخلع "[٤٦٦].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

[٤٦٥] منح الجليل (٣/٥٤١)

[٤٦٦] شرح منتهى الإرادات (٢/٣٦٨)

الفرع الثالث:

الإرث:

وقد عبر عليه بعض الفقهاء بقوله:" حق قابل للتجزي يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحوها"[٤٦٧].

والحقوق المجردة كغيرها من الحقوق؛ ينطبق عليها ما قرره العلماء؛ من أن الحقوق إذا كانت متعلقة بمال فتورث، على خلاف الحقوق التي لا تتعلق بالأموال فإنها لا تورث.

قال القرافي مؤكدا هذا المعنى:" أن كل ما كان مالا أو متعلقا بالمال انتقل؛ لأن الوارث يرث المال فورث متعلقاته، وكل ما هو متعلق بالنفس كالنكاح، أو بالعقل والرأي كخيار اشترطه المتبايعان والوكالة؛ فلا ينتقل؛ لأن جسمه وعقله ورأيه لا يورث"[٤٦٨].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

لذلك كانت الحقوق المجردة المتعلقة بالمال محلا للإرث، كحقوق الارتفاق وحق الخلو.

بينما لم تكن الحقوق المجردة التي لا تتعلق بالمال محلا للإرث، كحق القسم وحق الوظيفة.

وقد وقع الخلاف في حق الشفعة؛ هل يصلح محلا للإرث أم لا؟

وسبب الخلاف مردّه إلى اعتبار حق الشفعة حقا ماليا عند الجمهور فيورث، أم حقا متعلقا بشخص الشفيع كما هو رأي الحنفية فلا يورث.

---

[٤٦٧] الموسوعة الفقهية (١٧/٣)

[٤٦٨] الذخيرة (٢١٥/٦)

المبحث الثاني: نماذج معاصرة للحقوق المجردة:

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الأول: حق التأليف:

المطلب الثاني: الاسم التجاري:

المطلب الثالث: العلامة التجارية:

تمهيد:

ظهرت في القرون الأخيرة صور جديدة من الحقوق؛ نتيجة الثورة الصناعية التي عرفتها البشرية، واصطلح عليها بالحقوق الفكرية وكذا الحقوق التجارية الصناعية، وبعضهم جمعها في حق الابتكار أو الحقوق الذهنية، ومنهم من أطلق عليه مصطلح الحقوق المعنوية.

وسنعرض لبيان ثلاثة حقوق منها، وقد وقع الاختيار على: حق التأليف، الاسم التجاري، العلامة التجارية.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الأول:

حق التأليف

تمهيد:

يحسن التذكير بأن هذه المسألة لم يتطرق لها فقهاء المذاهب بالبيان؛ لأنها تعد نازلة الحضارة المعاصرة، فهي من إفرازات الثورة الصناعية التي ظهرت في القرون القليلة الماضية.

ذلك أن تداول الكتب في القديم؛ كان عن طريق النسخ باليد – الكتابة – حتى أنه عرف من الأولين من كانت حرفته النسخ، ومعلوم قدر المشقة المطلوبة لنسخ كتاب واحد، لاسيما إن كان صاحبه قد جعله في أجزاء متعددة، ولزم من كل ذلك أن يختزل الحق المالي للمؤلف في تكاليف الورق والنسخ، غير أن هذا السبب قد زال في هذا العصر؛ كون الطابعات التي تسحب منها مئات النسخ في وقت يسير؛ أصبحت متداولة، بل صار ملاّكها من كبار التجار وأرباب الأموال، ومعلوم أن زوال المانع يُظهر إلى الواقع ما كان قد منع[٤٦٩].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أضف إلى ذلك أن التأليف قد صار ذا أثر بالغ في تطور واستمرار كثير من المؤسسات التي لا غنى للأمة عنها، كالجامعات، والمراكز الثقافية، والمؤسسات المالية، والمختبرات العلمية[٤٧٠].

والأمر الذي أدّى إلى تأخر بروز قضية حقوق التأليف في العالم الإسلامي – هو أن الأمة لما ظهرت حركة الطباعة كانت تمرّ بفترة ركود حياتي، ومعلوم أن الحركة العلمية تابعة لحركة الأمة في مختلف مجالات حياتها سلبا وإيجابا، ويرجع دخول أول مطبعة إلى الدول العربية إلى أوائل القرن الثامن عشر الميلادي بمدينة حلب، بعد أن كان أول كتاب – وهو الإنجيل – طبع عام ١٤٥٥م، بمدينة ميتز الألمانية[٤٧١].

---

[٤٦٩] انظر قضايا فقهية معاصرة، محمد سعيد رمضان البوطي ص٨٩-٩٠

[٤٧٠] انظر حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدريني ص٨

[٤٧١] انظر فقه النوازل، بكر أبو زيد (٨٤/٢) و(٨٥/٢-٨٦)

ولا يخفى على أحد أن ما يلي هذه الفترة – القرن الثامن عشر –؛ كانت تمثل بداية الحركة الاستعمارية على العالمين العربي والإسلامي.

وقبل الشروع في بيان ما يتعلق بحق التأليف من أحكام، لا بد من ذكر المعنى اللغوي للتأليف وإردافه بالمعنى الاصطلاحي، حسب ما تقتضيه تقاليد البحث.

معنى التأليف:

لغة:

جاء في لسان العرب:" ألّفت بينهم تأليفا، إذا جمعت بينهم بعد تفرق، وألّفت الشيء تأليفا إذا وصلت بعضه ببعض، ومنه تأليف الكتب "[٤٧٢].

اصطلاحا:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

لا يختلف المعنى الاصطلاحي للتأليف عن المعنى اللغوي له، فهو يرجع إلى جمع مادة معرفية تخص موضوعا معينا وعرضها في ترتيب منطقي يجعلها قابلة لتحصيل النفع المرجو منها.

وقد ذكر بعضهم مقاصد التأليف في قوله:" اختراع معدوم، وجمع مفترق، وتكميل ناقص، وتفصيل مجمل، وتهذيب مطول، وترتيب مخلط، وتعيين مبهم، وتبيين خطأ "[٤٧٣].

فهذه أنواع التأليف مجملة، وكلها يتعلق بها الحق موضوع المسألة؛ لأنها اتصفت بمقدار من الإبداع أكسبها ذلك الحق، أضف إليها ما يعرف حاليا بـ: الترجمة والتحقيق.

ويظهر الجهد الإبداعي في عمل الترجمة؛ في دقة الفهم للمعاني المترجمة، أضف إلى ذلك إظهار هذه المعاني في ثوب قشيب، يتحقق به إيصال ما أراده مؤلف الكتاب المترجَم في أبهى صورة له[٤٧٤].

---

[٤٧٢] لسان العرب المحيط (٨٣/١)

[٤٧٣] قواعد التحديث للقاسمي (٣٨)، وانظر المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير (٥٩)

[٤٧٤] انظر حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدريني (١٠)

بينما يكمن الإبداع في التحقيق؛ في إخراج نص المخطوط إخراجا سليما كما أراده مؤلفه الأصلي، مع بيان ما يشكل فيه من الأمور، وعزو ما يحتاج إلى عزو منها.

ويتحصل لنا بعد هذا العرض الموجز؛ أنواع التآليف التي يتعلق بها الحق موضوع الدراسة.

حق التأليف:

ويقصد به ما يثبت للمؤلف من الحقوق والامتيازات تجاه مؤلفه الذي قام بإعداده.

وتحسن الإشارة إلى أن الدراسات القانونية لهذا النوع من الحقوق؛ قد فاقت الدراسات الشرعية من حيث العدد، وكذا من حيث استيعاب جوانب الموضوع بالعرض والمناقشة والتقنين.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

في حين اقتصرت الدراسات الشرعية على مسألة مالية هذا الحق، وما تستتبعه من معاوضة وإرث.

وحق التأليف اجتمع فيه حقّان: الأول خاص والثاني عام:

الحق الخاص: وهو حق المؤلف نفسه، وهو ما اصطلح عليه بالحقوق الأدبية والحقوق المالية للمؤلف، وسيأتي بيانها.

الحق العام: وهو حق للأمة؛ لحاجتها لما في المصنف من علوم ومعارف، فليس للمؤلف أن يمنع الأمة من الانتفاع بمؤلفه إذا قرر نشره.

وحصر الحق العام في ثلاثة صور هي:

الاقتباس: بشرط العزو إلى صاحب الكتاب.

الترجمة: إلى لغة أخرى.

حق الدولة عند ممانعة المؤلف من نشر مؤلفه مع قيام الحاجة إليه[٤٧٥].

وقد أثبت القانونيون نوعين من الحقوق المتعلقة بالتأليف وهي: الحقــوق الأدبيــة والحقوق المالية.

وسنعرض لبيان موجز للحقوق الأدبية المتعلقة بالتأليف؛ لما لها من الأهمية البالغة، ثم نعقب ذلك بعرض للحق المالي، وهو الموضوع الألصق بهذه الرسالة.

الحقوق الأدبية:

يثبت للمؤلف عدد من الحقوق، اصطلح عليها أهل القانون بالحقوق الأدبية، وهي كالآتي:

أولا: حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه[٤٧٦]:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

ومعنى ذلك أن للمؤلف وحده السلطة الكاملة؛ في أن يقرر ما إذا كان مؤلفه قــد أصبح في صورة تجعله صالحا للنشر أم لا.

ويمنح هذا الحق امتيازات للمؤلف هي:

-أن للمؤلف وحده دون غيره الحق في تحديد ما إذا كان مصنفه قد اكتمل وأصبح قابلا للنشر[٤٧٧].

-أن للمؤلف وحده الحق في تحديد شكل مؤلفه وطريقة الإعلان عنه؛ هل يطبع في كتاب أو في غيرها من أنواع الطباعة كالمجلات وما شابه...؟ [٤٧٨]

---

[٤٧٥] انظر فقه النوازل (٢/١٢٤-١٢٥)، حق الابتكار في الفقه الإسلامي (١٢١)

[٤٧٦] قانونا حماية المؤلف والرقابة على المصنفات، خاطر لطفي (٤٢)، حق المؤلف، نواف كنعان (٩٣-٩٤)، المدخل للعلوم القانونية، عبد المنعم البدراوي ص٥٢١، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا، د: أحمد الخمليشي (١٦٥)، نظرية الحق، محمد حسين منصور (١٣٨)

[٤٧٧] مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (١٦٥)، حق المؤلف، نواف كنعان (٩٥)

[٤٧٨] حق المؤلف، نواف كنعان (٩٦)

-أن للمؤلف وحده الحق في تحديد وقت معين لنشر مصنفه، كافتتاح مواسم الدراسة بالنسبة للكتب المدرسية أو انتظار معرض من المعارض... [٤٧٩].

ثانيا: حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه[٤٨٠]:

ويقصد به حق المؤلف في المطالبة بالاعتراف بأن المصنف الذي أعده هو من إنتاجه، وإيصال هذا المصنف إلى الجمهور مقرونا باسمه ولقبه ومؤهلاته العلمية، وذلك بشكل بارز على كل نسخة من نسخ المصنف، وهو ما اصطلح عليه **بأبوته للكتاب.**

ويثبت هذا الحق للمؤلف الامتيازات الآتية:

-حق المؤلف في كتابة اسمه واسم عائلته ومؤهلاته العلمية، وغير ذلك مما قد يساعد على التعريف بشخصيته إلى الغير، ويلتزم الناشر بما يريده المؤلف في ذلك كله[٤٨١].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

-حق المؤلف في أن ينشر مصنفه تحت اسم مستعار، أو دون ذكر اسم عليه أصلا، مع بقاء حقه ثابتا في الكشف عن شخصيته والإعلان على أنه هو المؤلف[٤٨٢].

-حق المؤلف في دفع الاعتداء عن اسمه، سواء كان هذا الاعتداء تحريفا للاسم أو إضافة الكتاب إلى غير مصنِّفه، أو أي اعتداء من شأنه أن يشوه المؤلف، واصطلح عليه **بحق الاحترام**[٤٨٣] ، فيثبت له المطالبة بتصحيح التحريف، وكذا بإضافة الكتاب إليه إذ هو مؤلفه وصاحبه[٤٨٤].

---

[٤٧٩] حق المؤلف، نواف كنعان (٩٧) مع أن كثيرا من هذه الأمور غير محترمة غالبا، نتيجة تسلط الناشرين؛ إلا في حالة كون المؤلف ذا اسم مشهور ومرغوب.

[٤٨٠] نظرية الحق (١٤٢)، حق المؤلف، نواف كنعان (١٠٤-١٠٥)، حماية الملكية الفكرية، عبد الحميد المنشاوي (٤٣)،المدخل للعلوم القانونية (٥٢٢)، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (١٨٧)

[٤٨١] مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (١٨٧)، نظرية الحق (١٤٢)، حق المؤلف، نواف كنعان (١٠٦)

[٤٨٢] المدخل للعلوم القانونية (٥٢٢)، حق المؤلف، نواف كنعان (١٠٧-١٠٨)، حماية الملكية الفكرية، عبد الحميد المنشاوي (٤٤)، نظرية الحق (١٤٢)

[٤٨٣] حق المؤلف، نواف كنعان (١٢٤-١٢٥)، المدخل للعلوم القانونية (٥٢٢)

[٤٨٤]حماية الملكية الفكرية (٤٣)، حق المؤلف، نواف كنعان (١٠٨)، ، المدخل للعلوم القانونية (٥٢٢)

-التزام كل من ينقل عن الكتاب – وذلك فيما يسمح له نقله عادة الإحالة على الكتاب ومؤلفه، وهذا ما عرف بالأمانة العلمية[٤٨٥].

والملاحظ أن هذا الحق بامتيازاته، تقرره الشريعة الإسلامية بأصولها وقواعدها؛ ذلك أن الإنسان حر في التصرف في ملكه ما لم يضر بالآخرين، كما يحرم شرعا على الإنسان أن ينتحل شيئا لغيره وينسبه لنفسه وقد قال ﷺ: ﴿ **المتشبع بما لم يعط كلابس ثوبي زور**﴾[٤٨٦].

ثالثا: حق المؤلف في تعديل مصنفه:

ذلك أنه يطرأ للمؤلِّف من الأمور ما تجعله يضفي على تأليفه تعديلا؛ إن بتغيير في آرائه، أو بزيادة في مباحث الكتاب أو بحذف وهكذا ...، ويثبت للمؤلف هذا الحق بشرط دفع عوض مالي إذا تعرض المتعهد بالنشر للضرر من جراء هذا التعديل[٤٨٧].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

رابعا: حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول:

وهذا موضع خلاف بين القوانين الوضعية، فمن معترف به، ومن مانع له ، في حين اشترط المعترفون بهذا الحق وجود أسباب خطيرة تدفع لذلك[٤٨٨]، وأضاف القانون المصري تقدير الأسباب إلى قاض مختص[٤٨٩]، واعترض عليه بأن تحديد خطورة السبب أمر إضافي وهذا يوقع في الاختلاف، كما أن الأمور القضائية تأخذ زمنا طويلا مما يؤدي إلى بقاء المصنف تحت التداول، وهذا خلاف ما يريده المؤلف[٤٩٠].

---

[٤٨٥] حق المؤلف، نواف كنعان (١٠٩)

[٤٨٦] رواه البخاري في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: المتشبع بما لم ينل، (٥/٢٠٠١/رقم٤٩٢١).

[٤٨٧] حماية الملكية الفكرية (٤١)، نظرية الحق (١٤٢)، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (١٧٤)

[٤٨٨] حق المؤلف، نواف كنعان (١١٨)،

[٤٨٩] المدخل للعلوم القانونية (٥٢٢)، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (١٧٦)، نظرية الحق (١٤٤)

[٤٩٠] حق المؤلف، نواف كنعان (١٢٠)

والذي يظهر أن المسألة إذا تعلقت بالكتاب – وهو موضوع مسألتنا – فالأمر يسير نوعا ما؛ ذلك أن للمؤلف أن يكتب مقالا أو كتابا؛ يبين فيه أن كتابه غير صالح للتداول وأنه قد تراجع مثلا عن كل ما قيل فيه، ولا يعفيه هذا من التزام التعويض المالي إذا لحق بالناشر ضرر من جراء ذلك.

وإنما تعظم المشكلة في المصنفات الأخرى كالفنية منها، في حال توبة صاحبها مع بقاء ما كان عليه من فسق وفجور متداول بين الناس – والله أعلم -.

الحق المالي:

والمقصود به:" إعطاء كل صاحب تأليف حق احتكار استغلال إنتاجه بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالي "[491]؛ أي احتكار حق النشر للمؤلف.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

والفرق بين الأدبي والمالي يكمن في:

الأول: أن الحق الأدبي لا يجوز التصرف فيه وبالتالي لا تجوز المعاوضة عليه، ذلك أن الحق الأدبي متعلق بشخصية الإنسان وعقله، وأن من اعتاض عليه أو تنازل عنه؛ يعد متنازلا عن جزء من شخصيته وهذا غير مقبول[492].

الثاني: الحق الأدبي مؤبد، بينما الحق المالي مؤقت بحياة المؤلف وبالسنوات التي ينتقل فيها إلى الورثة على اختلاف بين القوانين في تحديدها[493].

الطبيعة الفقهية لحق المؤلف في احتكار حق النشر:

هذا الحق هو حق مجرد[494] حسب اصطلاح الحنفية، ذلك أنه ينفصل عن محله الذي هو الكتاب، وأن إسقاطه أو استعماله لا يحدث أثرا بمحله – عين الكتاب –

[491] حق المؤلف، نواف كنعان (١٢٩)

[492] فقه النوازل (٢/١٣١)، حق المؤلف، نواف كنعان (٨٥)، المدخل للعلوم القانونية (٥٢٢)، نظرية الحق (١٤٤)

[493] فقه النوازل (٢/١٣١)، حق المؤلف، نواف كنعان (٨٥)، المدخل للعلوم القانونية (٥٢٣)، نظرية الحق (١٤٥)

[494] خلافا لما قرره الدكتور الدريني من أنه حق متقرر، انظر حق الابتكار (٤٠)، والذي دفعه لذلك جعله الحق المجرد قسيما للحق المالي، وأن إطلاق وصف التجرد على الحق يفقده صفة المالية، وهو خطأ وليس بصواب؛ =

وهو حق مشروع أصالة لا لدفع الضرر، ذلك أن سبب ملك المؤلف له هو إبداعه الذي نشأ عن العقلية العلمية التي هي جزء من شخصه، كما أنه لا ضرر يلحق بطرف آخر في استعمال هذا الحق أو تركه، خلافا لحق الشفعة ففيه ضرر الشفيع من جراء استعمال شريكه حقه في التصرف بجزئه، وكذا القسم فيه ضرر يلحق الزوجة في حال أهمل الزوج قسمها دون غيرها من النساء.

وهو من قبيل ملك المنفعة؛ ذلك أن أصله نابع عن شخصية المؤلف نفسه، فاختص به دون غيره.

الاعتياض عن حق المؤلف:

ويمكن حصر صور الاعتياض في اثنتين:

الأولى: التنازل المؤقت: وذلك بأن يتنازل المصنف عن حقه في نشر مؤلفه مقابل عوض مالي، لكن لزمن محدود مع بيان عدد النسخ.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الثانية: التنازل الأبدي: وذلك بأن يسقط المصنف حقه في نشر مؤلفه مقابل عوض مالي، وأن هذا الحق ينتقل إلى الناشر نهائيا.

وقد وقع الخلاف بين العلماء في جواز أخذ العوض عن إسقاط المؤلف حقه في نشر كتابه، وانقسموا في ذلك إلى فريقين:

ذلك أن الحق المجرد قسيم للمتقرر، وهو – أي المجرد – قد يكون ماليا كما في حقوق الارتفاق وحق الشفعة، وقد يكون غير مالي كما في حق القسم، وكذلك الأمر بالنسبة للمتقرر فقد يكون غير مالي كحق القصاص، أضف إلى ذلك أن كون الحق ماليا لا يلزم منه جواز الاعتياض عند الحنفية.

وأن جعل الأستاذ الدريني مسألة إباحة التصرف أساسا للتفريق بين المجرد والمتقرر؛ هو من البعد بمكان؛ ذلك أن كل الحقوق مهما كانت طبيعتها إذا أسقطت صارت مباحة، وكان للغير الانتفاع بها، وهذا ينطبق على الحقوق المجردة نفسها، كحق الشرب إذا أسقط صار مباحا وكان للغير الانتفاع بالماء لسقي الزرع، فهل يقال إن حق الشرب حق متقرر؟ إنما الضابط في التفريق هو تغير عين المحل بالاستعمال أو الإسقاط، وكذا إمكان انفراد الحق عن محله، والله أعلم بالصواب.

الفريق الأول: المانعون: ومنهم: سماحة الشيخ محمد شفيع مفتي باكستان في زمانه[٤٩٥]، والدكتور أحمد الحجي الكردي[٤٩٦]، والشيخ تقي الدين النبهاني[٤٩٧].

الفريق الثاني: المجيزون: وهو قول أكثر الذين بحثوا المسألة ومنهم: الشيخ علي الندوي[٤٩٨]، والشيخ محمد تقي العثماني[٤٩٩]، والأستاذ محمد برهان الدين السنبهلي[٥٠٠]، والشيخ بكر أبو زيد[٥٠١]، والدكتور محمد فتحي الدريني[٥٠٢]، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي[٥٠٣]، وهو ما اعتمده مجمع الفقه الإسلامي[٥٠٤].

الأدلة: واستدل كل من الفريقين بجملة أدلة نوردها فيما يلي:

أدلة الفريق الأول: وفيما يأتي عرض لأدلة القائلين بعدم جواز أخذ العوض عن حق التأليف:

أولا: أن حق التأليف، أكثر ما يقال فيه أنه حق مجرد، والحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها، فهو كحق الشفعة[٥٠٥].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويرد على هذا الدليل بالآتي:

---

[٤٩٥] ثمرات التقطيف من ثمرات الصنعة والتأليف، لمحمد شفيع، نقلا عن فقه النوازل لبكر أبو زيد (٩٦/٢)

[٤٩٦] حكم الإسلام في حقوق التأليف والنشر والتوزيع والترجمة، أحمد الحجي الكردي، مجلة هدي الإسلام مجلد ٢٥، العددان ٧ و ٨، ١٤٠١هـ-١٩٨١م (٦٢)

[٤٩٧] مقدمة الدستور الإسلامي، نقلا عن فقه النوازل (٩٢/٢)

[٤٩٨] حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (١٤٩)

[٤٩٩] بيع الحقوق المجردة، محمد تقي العثماني (٢٣٨٧)

[٥٠٠] وجهة نظر حول الحكم الشرعي لحق التصنيف والتأليف، محمد برهان الدين السنبهلي، مجلة البعث الإسلامي، المجلد ثلاثون، العدد الثاني: ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م (٧٠-٧١)

[٥٠١] فقه النوازل (١٤٢/٢)

[٥٠٢] حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (١٢٦)

[٥٠٣] قضايا فقهية معاصرة (٨٨)

[٥٠٤] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس (٢٥٨/٣)

[٥٠٥] حكم الإسلام في حقوق التأليف (٦٢-٦٣)، ثمرات التقطيف من ثمرات الصنعة والتأليف، نقلا عن فقه النوازل (٩٧/٢)

-صحيح أن احتكار المؤلف لأحقية النشر هو حق مجرد، لكن لا يلزم من ذلك عدم جواز الاعتياض عنه لما يلي:

*أن قاعدة:" الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها " هي قاعدة حنفية كما رأينا، وليست قاعدة اتفاقية بين المذاهب الفقهية، فلا يلزم المخالف بما قرره مذهب دون آخر.

*أن الحنفية أنفسهم اضطروا إلى مخالفة هذه القاعدة، فأحدثوا أساسا آخر لتحديد الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها من غيرها، وهو النظر في سبب المشروعية، فما كان من الحقوق شرع أصالة لا لدفع الضرر جاز الاعتياض عنه، بينما ما شرع لدفع الضرر من الحقوق فلا يجوز الاعتياض عنها، سواء كانت هذه الحقوق مجردة أم متقررة، وسبب هذا التحول هو العرف؛ ذلك أن الناس تعارفوا المعاوضة على حقوق مجردة.

وكل هذا موجود في حق المؤلف في احتكار نشر مؤلفه؛ ذلك أنه حق أصيل لم يعتبر لدفع الضرر، لأن سبب استحقاق المؤلف له؛ هو الجهد الذهني الإبداعي الناتج عن الملكة العلمية والذي ترجمه المصنف إلى مؤلف، وهذه الملكة جزء من شخصية المؤلف فهي ملكه، كما أن الناس تعارفوا المعاوضة عليه؛ فلزم جواز ذلك.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثانيا: أن القول بجواز أخذ العوض عن حق التأليف؛ مآله أن المؤلف سيمتنع عن الإذن بنشر كتابه إلا إذا حصل عوضه، وهذا هو منع العلم عن مستحقيه، وهو حرام[٥٠٦] لنص حديث رسول الله ﷺ :﴿ **من كتم علما يعلمه أجلم يوم القيامة بلجام من نار** ﴾[٥٠٧].

ويرد على هذا بأن تحريم كتمان العلم؛ لا ينقض أصل حق الملك الذي هو مقرر شرعا، غاية ما في الأمر أن كتمان العلم كاحتكار المنافع والخبرات والسلع، التي يخفيها

---

[٥٠٦] حكم الإسلام في حقوق التأليف (٦٢-٦٣)

[٥٠٧] رواه ابن ماجه في سننه من طريق أبي سعيد الخذري (٩٧/١)، رقم:٣٦٥ ، باب: من سئل عن علم فكتمه، وأخرجه الحاكم في مستدركه من حديث عمرو بن العاص (١٨٢/١)، رقم:٣٤٦، وقال: هذا إسناد صحيح من حديث المصريين على شرط الشيخين وليس له علة، وفي الباب عن جماعة من أبي هريرةﷺ .

أصحابها طلبا لارتفاع أسعارها، والناس محتاجون إليها، و لم ينقل عن أحد أنه قـال: إن تحريم الاحتكار يلزم منه بذل السلع مجانا، وإنما تبذل بأثمان معقولة ينتفي معها الضرر على الجميع، فلباب القول أن لا دليل في تحريم كتمان العلم على منع المؤلف من حقه في مؤلفه وأخذ العوض عليه[٥٠٨].

أدلة الفريق الثاني: واستدل المثبتون لحق المؤلف في احتكار نشر مؤلفه بما يلي:

أولا: أن حق التأليف اختصاص بمنفعة تعلقت بعين مالية؛ فكانت مالا – كما سبق بيانه في مسألة مالية المنافع – فلما كانت كذلك جاز المعاوضة عليها[٥٠٩]، أضف إلى ذلك أنها من ملك المنفعة وليس من ملك الانتفاع، دليل ذلك أن المُؤَلف مصون شرعا فليس لأحد التعرض له دون إذن مؤلفه.

ثانيا: أن العرف جرى على اعتبار الحق المالي للمؤلف في تأليفه، فالناس يتعاضـون عنه ويجازون عليه، ومعلوم أن العرف متى لم يصادم أصلا تشريعيا؛ صلح أن يكون مستندا شرعيا للأحكام[٥١٠].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وما يذكره المانعون لأخذ العوض عن حق التأليف ليست أصولا تشريعية، وإنما هي محض اجتهادات قد تصيب وقد تخيب، وقد تقرر أن الاجتهاد لا ينقض بمثله.

ثالثا: أن اعتبار الحق المالي للمؤلف فيه نفع ظاهر للأمة؛ ذلك أنه يكـون حـافزا معنويا قويا؛ يدفع بأهل الفكر والنظر إلى إبداء ما توصلوا إليه من نتائج قد تصنع حيـاة أمة، خصوصا إذا علمنا أن زماننا زمان تخصص لا يقبل المزاحمة، فمن سلك طريق العلـم والمعرفة ليس له أن يخلط ذلك بتجارة والعكس، فتحصّل أن الحقوق المالية للتأليف عـون للمؤلفين على الإبداع، فكان لابد من اعتبارها شرعا؛ لأن مقصود الشرع تحصيل مصالح

---

[٥٠٨] حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (١٠٠-١٠١)

[٥٠٩] فقه النوازل (١٣٥/٢)، المعاملات المالية المعاصرة، عثمان شبير (٦٢)، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (٧٤٣/٢)

[٥١٠] دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (٧٤٤/٢-٧٤٥)، حق الأبتكار في الفقه الإسلامي المقارن (١٢٨)

الناس، والقاعدة الشرعية مفادها أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وكذا الأمر في باقي المطلوبات[٥١١].

رابعا: أن الإعانات التي كان يتلقاها أهل العلم فقدت في هذا العصر، وما بقي منها يعد أمرا نادرا، فكان الحق المالي للتأليف فرجا ومخرجا من الله عز وجل لما كان عليه الأمر في زمن الصلاح، أضف إلى ذلك أن استغناء أرباب العلم والفكر عن مصادر الإعانة مهما كان نوعها؛ طريق إلى إظهار الحق دون الشعور بمنة أو نوع تبعية، وقد تقرر عند العارفين: أن بقدر حاجتك للغير؛ يأخذ ذاك الغير من دينك وعرضك[٥١٢].

خامسا: أن المؤلفات لو كانت من قبيل المباحات، وأن الناس فيها شركاء، لنُقل ذلك عن الأعلام الأوائل، غير أن الأمر على خلاف ذلك، فقد اشتهر عن أئمة العلم أنهم كانوا يضنون بما عندهم إلا إذا رأوا أهلية المتلقي، وكانوا يمنعون كتبهم إذا عرض لهم، بل إن منهم من كان يعتاش على بيع ما ألفه، أو أخذ الأجر في التحديث بما سمعه[٥١٣].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

ومن ذلك ما أثر عن أسد بن الفرات في كتبه: "لما عزم أسد على الرحيل إلى إفريقيا قام عليه أهل مصر، فسألوه في كتبه أن ينسخوها فأبى عليهم، فقدموه إلى القاضي بمصر، فقال لهم القاضي: وأي سبيل لكم عليه، رجل سأل رجلا فأجابه وهو بين أظهركم فاسألوه كما سأله، فرغبوا إلى القاضي في سؤاله أن يقضي حاجتهم، فسأله القاضي فأجابه إلى ذلك، فنسخوها حتى فرغوا منها"[٥١٤].

ولو لم يكن له حق في احتكار نشر كتبه؛ لما كان له منعهم ابتداء.

سادسا: أن المؤلف مسؤول عما يكتبه وينشره للناس، فلا مانع من إثبات العوض له عن ذلك، جريا عن قاعدة: " الغنم بالغرم "[٥١٥].

---

[٥١١] حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (٨٣-٨٤)، المعاملات المالية المعاصرة (٦٤)، فقه النوازل (١٣٦/٢)

[٥١٢] انظر قريبا من هذا المعنى فقه النوازل (١٣٦/٢)

[٥١٣] دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة(٧٤٥/٢-٧٤٧) فقه النوازل (١٤١/٢)

[٥١٤] معالم الإيمان (٢٦١/١-٢٦٢) نقلا عن فقه النوازل (١١٣/٢)

[٥١٥] المعاملات المالية المعاصرة (٦٣-٦٤)

سابعا: أن التأليف أصل لأعيان مادية هي الكتب، وهذه الأخيرة تعد مالا، فلا بد من اعتبار أصل المال مالا[٥١٦].

ثامنا: أن ترك حق النشر مباحا للجميع؛ فيه ضرر فاحش بالكتاب، وهو واقع مشاهد؛ ذلك أن دُور النشر تفننت في إظهار الكتب ذات الأخطاء الكثيرة، والسقط المخل بما ورد في المصنف، وأن هذه الزلات تؤثر على من يسعى في تحصيل العلم والمعرفة، خاصة أن الكتاب أعظم معلم في هذا الزمان، والشريعة قاضية بحسم مادة الفساد، ولا سبيل إلى ذلك إلا بإثبات حق النشر بالنسبة لمؤلف الكتاب؛ لأنه غالبا يكون أحرص على إخراج ما ألفه سليما من كل ما يشينه[٥١٧].

الترجيح:

والذي يظهر للباحث أن إثبات حق المؤلف في احتكار استغلال مصنفه، بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالي؛ هو الراجح للأمور الآتية:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

-أن المانعين للاعتياض عن هذا الحق، إنما كان مستندهم ما قرره الحنفية من عدم جواز المعاوضة عن الحقوق المجردة، وأنها لا تحتمل التمليك، وقد ظهر ضعف ذلك لمعان قد ذكرت في التكييف الفقهي للحق المجرد.

-أن هذا الحق ذو طبيعة مالية، وهو من ملك المنفعة، فجازت المعاوضة عليه بناء على أن ما تعلق بالمال فإنه يأخذ حكمه.

-أن العرف له أثر بالغ في مالية الأشياء، وقد تعارف الناس في هذا الزمن الاعتياض عن هذا الحق، وعرفهم لم يصادم أصلا تشريعيا، فكان مستندا قويا للمشروعية.

-أن حقوق التأليف لها قيمة مالية كبيرة، قد تصل في بعض الأحيان إلى حدود الثروة المعتبرة، والشرع لم يأت لإهدار حقوق الناس، وإنما جاء للمحافظة عليها.

---

[٥١٦] دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (٢/٧٤٨-٧٤٩)

[٥١٧] فقه النوازل (٢/١٣٥)

-أن التأليف سبب لتحصيل ثروات مالية، ومن ذلـــك مـــا يتعلـــق بالجامعـــات والمؤسسات المالية ودور النشر والتوزيع وحتى البيع، فمن الإجحـــاف بمكـــان أن يحـــرم الشخص من الانتفاع المالي لمؤلفه، في حين أن مؤلفه سبب لاغتناء كثير من الأطراف.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الثاني:

الاسم التجاري:

تمهيد:

امتازت القرون القليلة الماضية بحركة تجارية قوية بين الناس؛ نتيجة التطور الصناعي والتقني الهائل الذي شهدته الحضارة الإنسانية مؤخرا، غير أن البضائع المطروحة للتداول تختلف بعضها عن بعض من حيث الجودة والخصائص وحتى الأسعار، هذا الأمر دفع التجار والصناع إلى ابتكار وسائل من شأنها أن تميز سلعهم عما قد يشبهها، ومن أبرز الوسائل التي استخدمت لتحقيق هذه الغاية؛ ما اصطلح عليه بالاسم التجاري وكذا العلامة التجارية.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

معنى الاسم التجاري:

حقيقة الاسم التجاري: هي التسمية التي تستخدم للدلالة على المحل التجاري[٥١٨]، فتكسبه ذاتية خاصة تميزه عن غيره من المحال التجارية التي تقوم بنشاط مماثل[٥١٩].

ويمكن أن نخلص من خلال ما سبق إلى ما يلي:

-أن الاسم التجاري يستعمل للدلالة على المحل التجاري، سواء أكان هذا المحل مؤسسة تجارية صغيرة أم كبيرة، وسواء أكان مستغلها فردا أم شركة، والحكمة من هذه

---

[٥١٨] وللمحل التجاري حقيقة أيضا عند القانونيين: فالمحل التجاري مال منقول معنوي وله عناصر وهي على نوعين: عناصر مادية وتتمثل في الآلات والسلع، وعناصر معنوية وهي: الاتصال بالعملاء، السمعة التجارية، الاسم التجاري، العنوان التجاري، الحق في الإجارات وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والتراخيص، انظر الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري، د: محمد حسني عباس (١٨٥)

[٥١٩] الاسم التجاري، دراسة قانونية مقارنة، عز الدين العباسي (٢٥)، التشريع الصناعي، محمد حسني عباس (١٦٥)، القانون التجاري، علي حسن يونس (٤٥٣)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية، د: سميحة القليوبي (٣٣٨-٣٣٩)

الدلالة إرشاد الزبائن إلى المحل، ويلزم من ذلك تعرفهم على البضائع والمنتجات التي يسوقها هذا المحل.

-أن الذاتية التي اكتسبها المحل بتميزه عن المحال التجارية المماثلة، اعتبرها القانون حقا من حقوق الملكية التجارية والصناعية[٥٢٠].

-أن من مقاصد الاسم التجاري؛ تمييز المحل التجاري عما يشتبه به من محال تجارية مماثلة[٥٢١]، لذا فإن التجار يعمدون إلى كتابة الاسم التجاري على واجهة محالهم التجارية.

زيادة عما ذكر من وظائف الاسم التجاري – الدلالة والتمييز – فقد نصّت القوانين على وظائف أخرى لهذا الاسم، نجملها فيما يلي:

-استخدام الاسم التجاري في جميع التصرفات المعتبرة، كالمراسلات والأوراق المتعلقة بالتجارة، وكذا التعهدات والعقود التي قد يقوم بها صاحب هذا الاسم[٥٢٢].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

-استخدام الاسم التجاري وسيلة للدعاية والإعلان[٥٢٣].

-قد يؤدي الاسم التجاري وظيفة العنوان التجاري[٥٢٤]، وكذا وظيفة العلامة التجارية؛ لتمييز السلع التي يبيعها أو ينتجها المحل التجاري، أو الخدمة التي يقدمها المحل التجاري[٥٢٥].

شروط الاسم التجاري المحمي قانونا:

[٥٢٠] الاسم التجاري (٢٥)

[٥٢١] الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٣٣٩)

[٥٢٢] التشريع الصناعي (١٦٧)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٣٣٩)

[٥٢٣] الاسم التجاري (٢٨-٢٩)

[٥٢٤] هذا في بعض القوانين، بينما اعتبر القانون الأردني: أن الاسم التجاري يتخذ لتمييز المحل التجاري من غيره، في حين فائدة العنوان التجاري تمييز التاجر عن غيره، انظر الاسم التجاري (٦٥)، والتشريع الصناعي (١٦٦)

[٥٢٥] التشريع الصناعي (١٦٧)، الاسم التجاري (٣٠-٣١)

فالاسم التجاري لا بد أن تتوفر فيه جملة من الشروط حتى يسمح بتســجيله، وأن تَخلُّف هذه الشروط تجعله ممنوعا من ذلك، وترجع هذه الشروط إلى:

أولا: شرط الصفة الذاتية المميزة:

ويقصد بالصفة الذاتية المميزة، أن يكون للاسم التجاري شكل مميز خاص به؛ يحفظه عن الاختلاط بغيره من الأسماء التجارية العائدة لمحلات مماثلة أو مشابهة، ويجعل من اليسير معرفته من قبل الجمهور.

والقصد من هذا الشرط هو إزالة اللبس والخلط بين المحال التجارية لحماية الجمهور، فضلا عن أنه يمنع المنافسة غير المشروعة بين التجار التي قد يعتمدها بعضهم بحجة أنه يحمل اسم ولقب المنافس نفسه[٥٢٦].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثانيا: شرط الجِدَّة:

ويقصد بالجدة: أن يكون الاسم التجاري جديدا؛ أي لم يسبق استعماله من قبـــل تاجر آخر لتمييز محله التجاري[٥٢٧].

وتمتاز هذه الجدّة أو الأسبقية بالنسبية في أمور:

النسبية في نوع التجارة: فيشترط أن يكون الاسم التجاري للمحل جديدا بالنسبة للأسماء التجارية التي تدل على محال تمارس نفس النشاط، ويلزم من ذلك عدم منع تـــاجر أو صانع يمارس نوعا آخر من التجارة أو الصناعة من اتخاذ نفس الاسم التجاري[٥٢٨].

النسبية في الزمان: حيث أنه يمكن استعمال اسم تجاري لشخص تخلـــى عنـــه، إن بتغييره أو بإزالة المحل نفسه، شريطة انقضاء مدة معينة يتحقق من خلالها امتناع اللبس[٥٢٩].

---

[٥٢٦] الاسم التجاري (٧٢)

[٥٢٧] موسوعة الحقوق التجارية، رزق الله أنطاكي (١٤٢)

[٥٢٨] الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٣٥٤)

[٥٢٩] الاسم التجاري (٨٠)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٣٥٧)

النسبية في المكان: فالجدّة مطلوبة في المنطقة المسجل فيها الاسم؛ إلا أنه يمكن تعميم الأحقية في الاسم الجاري على مستوى الإقليم، إذا اكتسب المحل شهرة وطنية، وذلك بتعميم التسجيل على كافة الدوائر المختصة[٥٣٠].

ثالثا: شرط المشروعية:

ويقصد بالمشروعية أن لا يكون الاسم التجاري متعارضا مع النظام العام والآداب، وأن يكون مطابقا للحقيقة التي استعمل من أجلها؛ حتى لا يؤدي إلى تضليل الجمهور، فإذا توفر فيه كل ذلك اعتد به، ومن ثم أسبغت عليه الحماية القانونية بتسجيله[٥٣١].

رابعا: شرط اللغة:

أي اشتراط التزام لغة البلد في الاسم التجاري وهو محل خلاف بين القوانين[٥٣٢].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الطبيعة القانونية للاسم التجاري:

-يعد الاسم التجاري في القانون حقا ذا قيمة مالية، واكتسب الاسم صفة الأحقية والمالية؛ لأنه يقرر صفة ذاتية للمحل الذي يحمله، من حيث إنه يرمز للجودة التي تتميز بها المنتوجات والبضائع التي يقدمها المحل، فالاسم التجاري عنوان الجودة التي تستلزم كثرة الزبائن، الأمر الذي ينتج عنه مضاعفة الأرباح، فجعل الاسم التجاري مباحا من شانه أن يضلل الناس؛ الأمر الذي يوقع صاحبه في خسارة وضرر، والضرر مرفوع.

أضف إلى ذلك أن هذه السمعة التي يكتسبها صاحب المحل؛ هي من نتاج الجهد الذهني والعضلي الذي يقوم ببذله، فينبغي أن تكون منافع ذلك خاصة به.

وقد تعارف التجار مالية هذا الحق، وأقرته القوانين[٥٣٣].

---

[٥٣٠] الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٣٥٥)

[٥٣١] الاسم التجاري (٨٠)

[٥٣٢] الاسم التجاري (٨٨-٩٠)

[٥٣٣] الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٣٥٨)

-الحق في ملكية الاسم التجاري حق نسبي: ذلك أنه يرتبط بنوع التجارة، فلا يمنع أصحاب تجارة معينة من اتخاذ أسماء تجارية لمحالهم، في حين أن هذه الأسماء هي لمحال تمارس تجارة مختلفة[٥٣٤].

كما أن النسبية مكانية؛ ذلك أن نطاق حماية هذا الحق تقتصر على المكان الذي تم فيه تسجيل الاسم التجاري – وهذا في الدول التي تتعدد فيها مكاتب التسجيل التجاري -، وفي حالة ما إذا كان الاسم التجاري قد حقق شهرة وسمعة أوسع، فإنه يمكن رفع طلب توسيع الحماية على جميع أرجاء البلاد، ويبقى حق الاسم التجاري غير محمي خارج الدولة؛ إلا في الدول التي تعد عضوا في الاتفاقات الدولية المنظمة لحماية الملكية الصناعية[٥٣٥].

-الحق في ملكية الاسم التجاري حق دائم؛ خلافا لحق التأليف فهو مؤقت؛ تغليبا للمصلحة العامة[٥٣٦].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

من خلال ما سبق ذكره يمكن قول ما يلي:

-أن ما تعارف عليه التجار وأقرته القوانين، مما يتعلق بالاسم التجاري وحمايته وشروط ذلك – تقره الشريعة بأصولها وقواعدها لما يلي:

*أن الشريعة الإسلامية قاضية بتحقيق مصالح الناس، ورافعة لكل صور النزاع التي يحتمل وقوعها، كما أنها تمنع الاعتداء عن حقوق الناس وممتلكاتهم، وكل ذلك متحقق في الاسم التجاري، وبيانه على النحو الآتي:

-أن الاسم التجاري يتضمن مصلحة خاصة لصاحبه، ومصلحة عامة تخص المستهلكين، حيث أنه يُسَهّل استدلال الناس على محله، وبذلك اقتناء منتوجاته وبضائعه، التي يفترض أنها تميزت بصفات الجودة والنوعية الراقية، مما يعني وصول المستهلك لغرضه

---

[٥٣٤] التشريع الصناعي (١٧٩-١٨٠)

[٥٣٥] الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٣٥٥)

[٥٣٦] الاسم التجاري (١٣٠-١٣١)

وزيادة أرباح التاجر، وما دام النفع متحققا للجانبين مع عدم الإضرار بطرف آخر، فإن الشريعة ترعى سبيل ذلك وتحميه[٥٣٧].

-أن عدم حماية أحقية الاسم التجاري؛ يؤدي إلى الاعتداء على أملاك الناس، يقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي موضحا حقيقة إباحة الاسم التجاري لكل التجار، وعدم إثبات أحقية صاحبه له:" وإنما هو استلاب لرصيد شهرة يفترض أنها تكونت من مجموعة مزايا وصفات تجارية حميدة لصاحب المحل، وحملت في داخلها من جراء ذلك بذور نفع مادي لصاحب ذلك الرصيد، فهو في الحقيقة عدوان على الوعاء الذي حوى بذور نفع مادي مستمر، لا على اسم من حيث هو اسم ذو دلالة لغوية مجردة "[٥٣٨].

-أن المعنى الذي يعبّر عنه الاسم التجاري من الجودة العالية؛ هو نتيجة الجهد الذهني والعضلي الذي يبذله التاجر لتحسين نوع منتوجاته وبضائعه، فكان أحق بكل ما ينتج عن جهوده من منافع، أضف إلى ذلك ما يستلزمه إضفاء الحماية القانونية على الاسم التجاري من تكاليف مادية[٥٣٩].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

-أن العرف العام اليوم قد جعل للاسم التجاري قيمة مالية معتبرة، تعتبر بالنسبة لبعض الأسماء ثروة لا يستهان بها، وسبق أن علمنا أن العرف له أثر بالغ في إكساب الأشياء صفة المالية؛ إذ معيار المالية تمول الناس، والعرف يعد أصلا قويا للمشروعية إذا لم يعارض أصلا تشريعيا، وكان جالبا للمصالح المقصودة شرعا، وقد سبق تقرر هذا.

الطبيعة الفقهية للاسم التجاري:

الاسم التجاري هو حق مجرد حسب اصطلاح الحنفية؛ ذلك أن استعماله أو إسقاطه لا يحدث أثرا في العين التي تعلق بها وهي المحل التجاري، كما أنه يمكن انفراده عن أصل

---

[٥٣٧] انظر: البيوع الشائعة، محمد توفيق رمضان البوطي (٢٣١)

[٥٣٨] قضايا فقهية معاصرة (١٠٧)

[٥٣٩] قضايا فقهية معاصرة (١٠٧)، وانظر البيوع الشائعة (٢٣١)

الملك – المحل التجاري -؛ ذلك أنه يتصور انتقال المحل التجاري إلى مالك آخر، مع بقاء الاسم التجاري ملكا لصاحب المحل الأصلي.

وهو حق مشروع أصالة لا لدفع الضرر؛ ذلك أنه نتيجة لما يبذله مالك المحل من جهد ذهني وعضلي، وما يتحمله من تكاليف إزاء إضفاء الحماية القانونية عليه.

وهو من قبيل ملك المنفعة؛ لأنه تابع للمحل التجاري الذي هو ملك لصاحبه، فلزم أن يملك جميع ما يتعلق بملكه من منافع.

الاعتياض عن الاسم التجاري:

ويمكن تصور صورتين للتصرف في الاسم التجاري بالتمليك:

الأولى: أن يُمَلّكَ تبعا للمحل:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

أما من الناحية القانونية؛ فقد منعت القوانين الوضعية من المعاوضة عن الاسم التجاري مفردا دون المحل التجاري؛ نفيا للضرر الذي قد يلحق المستهلك من جراء الالتباس الذي قد يقع فيه.

وأجازت تمليكه تبعا للمحل التجاري الذي ارتبط به؛ لانتفاء الضرر، كما أجازت استثناء الاسم التجاري من صور التمليك التي قد تقع على المحل[٥٤٠].

ومن الناحية الشرعية: ما نصّت عليه القوانين الوضعية لا إشكال فيه؛ ذلك أن تمليك الحقوق المجردة تبعا لمحلها جائز حتى عند الحنفية – كما سبق بيانه -، كما أنهم نصوا على مشروعية استثناء الحق المجرد من العقد عند تمليك محله.

الثانية: أن يُمَلَّكَ مفردا:

[٥٤٠] الاسم التجاري (١٣٣-١٣٥)، التشريع الصناعي (١٨٦-١٨٧)

أن يكون مالك الاسم التجاري مؤجرا للمحل، وتنتهي مدة الإجارة، ويرجع المحل التجاري إلى مالكه، أو ينتقل إلى مستأجر جديد، فهل يجوز بيع الاسم لمالك المحل أو للمستأجر الجديد، وبذلك يكون بيعا للحق مجردا عن ملك محله؟

في ضوء ما سبق ترجيحه من أن الحقوق المجردة؛ إذا كانت من قبيل ملك المنفعة، وكان الحق ماليا وشرع أصالة، فإنه لا مانع من الاعتياض عنه عند الجمهور.

إلا أن للاسم التجاري شروطا حتى يجوز الاعتياض عنه مفردا أو تبعا لمحله، كما في الصورتين السابقتين وهي:

-أن يكون الاسم التجاري يعبر عن واقع حقيقي وليس صوريا، خاليا عن الكذب والتزوير[٥٤١]؛ لأن بيع ما لا منفعة فيه لا يجوز شرعا.

-إذا كان مع شراء الاسم التجاري انتقال الفحوى، عن طريق نقل الخبرة وأسرار التميز جاز، وإلا كان غررا وتدليسا، وكل منهما مبطل للعقد[٥٤٢]

-أن يكون الاسم محميا قانونيا بالتسجيل؛ لأن ما ليس مسجلا لا يعد مالا في عرف التجار[٥٤٣].

-لا بد من الإعلان بأن صاحب الاسم التجاري الجديد – المشتري – غير المالك الأول – البائع – وإنما يَستعمل هذا الاسم بعد شرائه، بنية أنه سيحاول بقدر الإمكان أن يكون إنتاجه بمستوى الإنتاج السابق أو أحسن منه[٥٤٤].

[٥٤١] بيع الاسم التجاري، عجيل جاسم النشمي (٢٣٤٧)

[٥٤٢] قضايا فقهية معاصرة (١٠٧-١٠٨)، قرار مجمع الفقه الإسلامي الدورة الخامسة (٢٥٨١/٣)

[٥٤٣] بيع الحقوق المجردة، محمد تقي العثماني (٢٣٨٥)

[٥٤٤] نفس المرجع والصفحة

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المطلب الثالث:

العلامة التجارية:

معنى العلامة التجارية:

العلامة التجارية هي إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات؛ تمييزا لها عما يماثلها من السلع والمنتجات لمُنْتِج آخر[٥٤٥].

من خلال بيان مفهوم العلامة التجارية؛ يمكن استظهار الوظائف التي يمكن تحصيلها من جراء إرساء نظام العلامات التجارية، وهي كالآتي:

أولا:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

تمييز البضاعة والسلعة بالعلامة، وبذلك تمنع من الاختلاط مع السلع المشابهة، فالعلامة التجارية تكسب السلعة ذاتية مستقلة بين السلع والبضائع المشابهة الأخرى، وبذلك تتحقق حصانة للصانع أو التاجر على سلعته التي بذل جهدا إبداعيا لإخراجها للناس بصفات الجودة المميزة لها، وفي هذا منفعة كبيرة لمالك العلامة التجارية[٥٤٦].

ثانيا:

جذب العملاء والمستهلكين إليها؛ ذلك أنهم اعتادوا أن السلعة التي تحمل علامة مميزة – غالبا ما تكون دليل جودة عالية في التصنيع، وفي هذا نفع ظاهر للمستهلك[٥٤٧].

ثالثا:

---

[٥٤٥] الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، صلاح الدين عبد اللطيف الناهي (٢٣٣)، قضايا فقهية معاصرة (٩٦)، الاسم التجاري (٦٧)، التشريع الصناعي (١٩٥)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٢٤٣)

[٥٤٦] قضايا فقهية معاصرة (٩٨)، الوجيز في الملكية الصناعية (٢٣٤)، التشريع الصناعي (١٩٧)، القانون التجاري، علي حسن يونس (٤٥٥)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٢٤٣)

[٥٤٧] الوجيز في الملكية الصناعية (٢٣٤)، قضايا فقهية معاصرة (٩٧)، التشريع الصناعي (١٩٧)

تيسر الرقابة على المنافسة، وتضمن مشروعيتها، فالعلامة التجارية تمكن من معرفة مصادر السلعة وكذا أسعارها، كما تكشف الاعتداء على التجار وأصحاب الصنائع؛ عندما يؤخذ منهم زبائنهم من جراء تقليد العلامات في وسم بضاعة لم يقم مالك العلامة التجارية الأصلي بإنتاجها[٥٤٨].

شرط العلامة التجارية:

ينبغي أن يتوفر شرط في العلامة التجارية حتى يتم تسجيلها، فإن تخلف هذا الشرط لا تسجل، وبذلك لا تسبغ عليها الحماية القانونية.

وهذا الشرط مردّه إلى الصفة الفارقة: ويقصد به أن تكون العلامة التجارية مؤلفة من حروف أو رسوم أو علامات أو خليط من هذه الأشياء، وتكون على شكل يكفل تمييز بضائع صاحبها عن بضائع غيره من الناس[٥٤٩].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الطبيعة القانونية للعلامة التجارية:

العلامة التجارية حق مالي لمنتج السلع؛ ذلك أنها تعد وعاء للجودة والتميّز، التي ينتج عنها كثرة الزبائن، الشيء الذي يعني زيادة الأرباح، وهذه الجودة هي ثمرة الإبداع الذي بذله الصانع أو التاجر واتصفت به البضائع والمنتجات، كل هذا أكسب الصانع والتاجر صفة الاختصاص بالعلامة التجارية، التي قد تعارف التجار وأرباب الصناعات ماليتها[٥٥٠].

فالعلامة التجارية تشبه حق التأليف، فالكتاب يُحَصّن من الانتحال بكتابة اسم مؤلِفه عليه، والبضاعة تُحَصَّنُ بوضع العلامة التجارية عليها[٥٥١].

كما يحسن التنبيه إلى أن ثمة فروقا بين الاسم التجاري والعلامة التجارية نجملها فيما يلي:

---

[٥٤٨] التشريع الصناعي (١٩٧-١٩٨)، القانون التجاري (٤٥٥)

[٥٤٩] الوجيز في الملكية الصناعة (٢٣٥)

[٥٥٠] الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٢٧٩)

[٥٥١] قضايا فقهية معاصرة (٩٨)

-أن اتخاذ الاسم التجاري واجب حتى يميز التاجر محله عن باقي المحلات، بينما لا يجب على التاجر أو الصانع في الغالب اتخاذ علامة تجارية لتمييز منتجاته عما يماثلها من المنتجات.

-أن المقصود من الاسم التجاري تميز المحل ، بينما يقصد بالعلامة التجارية تميز المنتوج.

-ليس للتاجر أن يتخذ أكثر من اسم تجاري لمحله، بينما قد تتعدد العلامات التجارية باختلاف المنتجات.

-الاسم التجاري يكون منطوقا، بينما العلامة التجارية غالبا لا تكون كذلك[٥٥٢].

وبعد هذا العرض يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية تقر العلاقة الاختصاصية، التي جعلها القانون بين العلامة التجارية و بين صاحب البضائع والمنتوجات، وما ذكر في الاسم التجاري من مسوغات للإقرار تذكر هنا كذلك.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الطبيعة الفقهية للعلامة التجارية:

العلامة التجارية هي حق مجرد؛ ذلك أنها تنفرد عن محلها، وهي السلعة التي تعرض للتداول.

كما أن هذا الحق يعد حقا أصيلا؛ لأنه ناشئ عن الجهد الذهني مضافا إليه النشاط الحركي والعضلي، وهو شيء ثابت ومستقر في كيان صاحب الحق ذاته[٥٥٣].

وهو من قبيل ملك المنفعة وليس من ملك الانتفاع؛ ذلك أن العلامة التجارية تتعلق بمحل مملوك، فملك صاحبه الاختصاص بكل المنافع الناتجة عن محله.

---

[٥٥٢] انظر الاسم التجاري (٦٧-٦٩)، الوجيز في الملكية الصناعية (٢٤٠)، التشريع الصناعي (١٦٨-١٦٩) و(١٩٥)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (٢٥٢)

[٥٥٣] انظر قضايا فقهية معاصرة (١٠٠)

الاعتياض عن العلامة التجارية:

ونميز لذلك صورا:

-أن يكون بيع حق العلامة التجارية تابعا للمحل التجاري، فهذا لا إشكال فيه شرعا ولا قانونا؛ ذلك أن الحقوق المجردة يجوز بيعها تبعا لمحالها.

-أن يكون بيع الحق مفردا، ومن صوره: ما يتم بين الشركات، فتشتري شركة محلية العلامة التجارية المتعلقة ببضاعة ما لشركة أجنبية[٥٥٤].

فهذا جائز على الراجح من جواز بيع الحقوق المجردة بالشروط السابقة بيانها.

ويشترط لجواز المعاوضة على العلامة التجارية سواء بيعت مجردة أم تبعا لمحلها-ما ذكر من شروط في بيع الاسم التجاري، من التعبير عن واقع حقيقي، وانتقال الفحوى، والحماية القانونية، والإعلان بأن مالك العلامة التجارية قد تغير[٥٥٥].

مركز ايداع الرسائل الجامعية

لأن ما سوى ذلك غش وتدليس وهما من المحرمات المبطلة للعقد.

---

[٥٥٤] قضايا فقهية معاصرة (١٠٢)

[٥٥٥] بيع الحقوق المجردة، العثماني (٢٣٨٥)، قضايا فقهية معاصرة (١٠٢-١٠٤)، ، مجمع الفقه الإسلامي في قراره، الدورة الخامسة (٢٥٨١/٣)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث:

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث:

في ختام هذه الدراسة أرفع أكف الضراعة إلى الغني الكريم؛ داعيا إيّاه جلّ في علاه؛ أن يتقبل مني ما قدمت من عمل، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم، وأن يغفر لي ما وقع مني من خطأ أو تقصير أو سهو وأن يرزقني التوفيق للخير والصلاح.

وفيما يلي بيان لأهم النتائج التي توصلت إليها من خلال رسالتي:

أولا: أن الحق المجرد هو اصطلاح حنفي؛ سببه تقرير الحنفية لعدم مالية الحقوق والمنافع، وأن ماهية هذا الحق تقوم على أساسين هما: التجرد عن الملك، وعدم إحداث أثر في المحل.

ثانيا: أن الحق المجرد هو نظير الحق المتقرر، وكل منهما من أقسام الحق باعتبار محله، وعليه فالحق المجرد يشمل أنواعا متعددة من الحق، منها الحق المالي والحق غير المالي، والحق الذي شرع أصالة، وكذا الذي شرع لرفع الضرر؛ وعليه فإطلاق وصف التجرد على الحق لا يرفع عنه وصف المالية.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثالثا: أن سبب اختلاف الفقهاء في صور التمليك للحقوق المجردة؛ هو اختلافهم في الوصف الذي ينبغي توفره في الشيء حتى تجوز المعاوضة عليه، فاشترط الحنفية والشافعية والحنابلة المالية، في حين اكتفى المالكية بشرط الملك – أي ملك المنفعة أو العين -.

رابعا: أن الراجح من أقوال الفقهاء هو اعتبار المنافع والحقوق المتعلقة بالأعيان المالية-أموالا؛ ذلك أن وصف المالية خاضع للعرف، وأن الناس قد تعارفوا مالية المنافع والحقوق وبذلوا في سبيل تحصيلهما وحما يتهما أنفس ما يملكون.

خامسا: أن الفقهاء اختلفت منازعهم فيما يجوز تمليكه من الحقوق.

فتوجه نظر الحنفية ابتداء إلى تجرد الحق أو تقرره، ثم تحول إلى مراعاة سبب المشروعية؛ أي هل هذا الحق شرع أصالة فجاز تمليكه ، أم أنه شرع لرفع الضرر فلم يجز

ذلك فيه، وكان سبب التحول هو مصادمة ما تقرر عندهم من عدم جواز المعاوضة على الحقوق المجردة مع العرف، والعرف أصل قوي في مذهب الحنفية.

سادسا: نظر المالكية في المعاوضة على الحقوق كان متوجها إلى طبيعة الاختصاص؛ هل هو من قبيل ملك المنفعة فيجوز التصرف فيه، أم هو من قبيل ملك الانتفاع فلا يجوز التصرف فيه، وإنما يثبت للشخص الاستعمال الشخصي فقط.

سابعا: أما الشافعية والحنابلة، فاشترطوا شروطا لجواز تمليك الحقوق المجردة؛ مردها إلى: أن يكون الحق متعلقا بأعيان مالية، وأن يكون مشروعا أصالة، مع كونه مملوكا لصاحبه ملك منفعة وليس ملك انتفاع.

ثامنا: ما قرره المالكية من شرط ملك المنفعة في جواز المعاوضة على الحقوق؛ أرجح وأقوى مما ذكره غيرهم من المذاهب الفقهية؛ لأنه اتسم بالاطراد، مع كونه أوسع المذاهب في جواز المعاوضة على الحقوق، فهو بذلك خادم لقاعدة شرعية قاضية بأن الأصل في المعاملات الحل، مع عدم مصادمة أصل تشريعي في ذلك.

تاسعا: أن ما اشترطه المالكية والشافعية والحنابلة من شروط لجواز التصرف في الحقوق بالتمليك، لا يختص بالحقوق المجردة، وإنما يشمل الحقوق بكل أنواعها.

عاشرا: أن الحقوق المعاصرة: كحق التأليف والاسم التجاري والعلامة التجارية، هي صور جديدة للحقوق المجردة، التي شرعت أصالة، والتي هي من قبيل ملك المنفعة، فينبغي دراسة أحكامها في ضوء أحكام نظيراتها في الفقه.

حادي عشر: أن الناس قد تعارفوا مالية هذه الحقوق المعاصرة، فينبغي الإقرار بجواز التصرف فيها بالمعاوضة وغيرها، مع مراعاة الشروط التي تمنع الغرر والتدليس والغش حين العقد.

هذا وإن أصبت فمن الله، وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشـيطان، وأسـأل الله التوفيق والسداد، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطاهرين، والتابعين لهـم بإحسان، وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

تمت

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فهرس الآيات القرآنية

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فهرس الأحاديث والآثار

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فهرس المصادر والمراجع

- أحمد، ابن حنبل(ت٢٤١هـ)، **المسند**، مؤسسة قرطبة، مصر.

- الألباني، محمد ناصر الدين(ت١٤٢٠هـ)، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، المكتب الإسلامي ، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ.

- الأنصاري، زكريا بن محمَّد، **أسنى المطالب شرح روض الطَّالب**، دار الكتاب الإسلامي.

- أنطاكي، رزق الله(١٩٥٠)، **موسوعة الحقوق التجارية في شؤون التجارة والتشريع التجاري**، الجامعة السورية، دمشق.

- البابرتيُّ، محمّد بن محمّد، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر.

- الباجي، سليمان بن خلف(ت٤٧٤هـ)، **المنتقى شرح الموطَّأ**، دار الكتاب العربي.

- بدراوي، عبد المنعم(١٩٦٦م)، **المدخل إلى العلوم القانونية**، **النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق**، دار النهضة العربية.

- البخاري، عبد العزيز بن أحمد، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، دار الكتاب العربي، ١٩٧٤

- البخاري، محمد بن إسماعيل (ت٢٥٦هـ)، **الصحيح**، تحقيق، محمد ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، (د ت).

- البرزلي، أبو القاسم بن أحمد(ت٨٤١هـ)، **فتاوى البرزلي**، تحقيق، محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، ط١، ٢٠٠٢م.

- برمو، تيسير محمد(٢٠٠٣م)، **نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي**، بحث أُعِدَّ لنيل درجة الدكتوراة في الفقه الإسلامي وأصوله، جامعة دمشق كلية الشريعة.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية

- البغداديُّ، غانم بن محمَّد، **مجمع الضَّمانات**؛ دار الكتاب الإسلامي.

- البلخي، نظام الدين مع لجنة من العلماء، **الفتاوى الهندية**؛ دار الفكر.

- البهوتي، منصور بن يوسف، **شرح منتهى الإرادات**؛ دار عالم الكتب، بيروت.

- ـــــــــــــ، **كشّاف القِناع عن متن الإقْناع**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.

- البوطي، محمد سعيد(١٩٩٤)، **قضايا فقهية معاصرة**، مكتبة الفارابي، ط٥.

- البوطي، محمد توفيق رمضان(١٩٩٨)، **البيوع الشائعة وأثر المبيع على شرعيتها**، دار الفكر، دمشق، ط١.

- البيهقي، أحمد بن الحسين (ت٤٥٨هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق، محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة، ١٩٩٤م.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

- الترمذي، محمد بن عيسى (ت٢٧٩هـ)، **الجامع**، تحقيق، أحمد محمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- التفتازاني، سعد الدين(١٩٥٧م)، **التلويح على التوضيح**، مكتبة علي صبيح.

- الجويني، أبو المعالي عبد الملك(ت٤٧٨هـ)، **غياث الأمم في التياث الظلم**، تحقيق، مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، ١٩٧٩هـ.

- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله (ت٤٠٥هـ)، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠م.

- ابن حبان، أبو حاتم البستي(ت٣٥٤هـ)، **الصحيح**، تحقيق، شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت.

- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني(ت٨٥٢هـ)، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، تحقيق، عبد الله هاشم يماني، المدينة النبوية، ١٩٦٤م.

- ــــــــــــ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، (اعتنى به محب الدين الخطيب)، دار الفكر، بيروت، (دت).

- ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**؛ دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- الحطاب، محمد بن محمد (ت٩٥٤هـ)، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**، تحقيق، عبد السَّلام محمَّد الشَّريف؛ دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١؛ ١٩٨٤م.

- ــــــــــــ، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**؛ دار الفكر.

- الحموي، أحمد بن محمَّد،**غمزُ عيونِ البصائر**، دار الكتب العلميَّة، بيروت.

- حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**؛ دار الجيل، بيروت.

- الخرشي، محمد بن عبد الله، **شرح مختصر خليل**، دار الفكر.

- ابن خزيمة، محمد بن إسحاق(ت٣١١هـ)، **الصحيح**، تحقيق، محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٧٠م.

- الخفيف، علي، **أحكام المعاملات الشرعيّة**؛ دار الفكر العربي، القاهرة.

- الخميشلي، أحمد(١٩٩٧)، **مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا**، دراسة تحليلية نقدية، دار الأمان للنشر والتوزيع.

- الدارقطني، علي بن عمر(ت٣٨٥هـ)، **السنن** ، تحقيق عبد الله هاشم يماني ، دار المعرفة، بيروت، ١٩٦٦م.

- أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت٢٧٥هـ)، **السنن**، تحقيق، محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ت).

- الدريني، محمَّد فتحي (١٩٨٧)، **حقُّ الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن**، مؤسّسة الرِّسالة، دمشق، ط٤.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

- ــــــــــــــ(١٩٩٧م)، **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**، دار البشير.

- الدّسوقي، محمد بن أحمد، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**؛ دار إحياء الكتب العربية.

- الرحيباني، مصطفى بن سعيد، **غاية المنتهى بشرحه مطالب أولي النُّهى**؛ المكتب الإسلامي، بيروت.

- ابن رشد، أبو الوليد(ت٥٢٠هـ)، **البيان والتحصيل والشرح والتعليل لمسائل المستخرجة**، تحقيق جماعة من الباحثين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٤م.

- الرَّملي، شهاب الدين أحمد بن أحمد، **فتاوى الرَّملي**؛ المكتبة الإسلاميّة.

- الروياني، عبد الواحد بن إسماعيل(ت٥٠٢هـ)، **بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق، أحمد عزّ وعناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠٢م.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

- الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي**، دار القلم، دمشق.

- الزركشي، بدر الدين بن محمَّد بهادر، **المنثور في القواعد الفقهيَّة**؛ وزارة الأوقاف الكويتيَّة.

- الزنجاني، شهاب الدين محمد بن أحمد(٦٥٦هـ)، **تخريج الفروع على الأصول**، تحقيق، محمد أديب الصالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٢م.

- أبو زهرة، محمَّد، **الملكية ونظريّة العقد في الفقه الإسلامي**؛ دار الفكر العربي، القاهرة.

- أبو زيد، بكر بن عبد الله(١٩٨٨)، **فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة**، مكتبة الصديق، ط١.

- الزَّيلعي، جمال الدِّين عبد الله بن يوسف(ت٧٦٢هـ)، **نصب الرَّاية في تخريج أحاديث الهداية**؛ دار الحديث، مصر.

- الزَّيلعي، عثمان بن علي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**؛ دار الكتاب الإسلامي.

- السُّبكي، تقيُّ الدين علي بن عبد الكافي، **فتاوي السُّبكيِّ**؛ دار المعارف.

- سُحنون، ابن سعيد التَّنوخي، **المدوَّنة الكبرى**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.

- السَّرخسي، محمد بن أحمد، **المبسوط**؛ دار المعرفة.

- السريتي، عبد الودود محمد، **استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الثقافة الجامعية.

- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللّخمي(ت٧٩٠هـ)، **الموافقات في أصول الشَّريعة**، بشرح عبد الله دراز؛ دار الكتب العلمية، بيروت.

- شبير، محمد عثمان(٢٠٠١)، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، عمَّان، ط٤.

- الشربيني، محمّد بن أحمد، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.

- شليبك، أحمد الصويعي(١٩٩٩م)، **أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، عمَّان، ط١.

- الشنقيطي، محمد مصطفى أبوه، **دراسة شرعيَّة لأهمّ العقود الماليّة**؛ المكتبة المكيَّة.

- الشوكاني، محمد بن علي(ت١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الأخيرة.

- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله(ت٢٣٥هـ)، **المصنف**، تحقيق، كمال الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

- شيخي زاده، عبد الرّحمان، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**؛ دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- الصاوي، أحمد بن محمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، تحقيق، مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة.

- الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة(ت٣٢١هـ)، **شرح معاني الآثار**، تحقيق، محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت.

- ابن عابدين، محمد أمين، **ردّ المحتار على الدرّ المختار**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.

- ــــــــــــــــ، **مجموع رسائل ابن عابدين**،

- ابن عاشور، محمد الطاهر، **مقاصد الشريعة الإسلامية**؛ الشركة التونسية للتوزيع تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر.

- عباس، محمد حسني(١٩٦٩)، **الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري**، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، القاهرة.

- ــــــــــــــــ(١٩٦٧)، **التشريع الصناعي**، دار النهضة العربية.

- العباسي، عز الدين مرزا ناصر عبد الله(٢٠٠٣)، **الاسم التجاري، دراسة قانونية مقارنة**، ط١.

- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله(ت٤٦٣هـ)، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار**، تحقيق، حسان عبد المنان ومحمود القيسية، مؤسسة النداء، ط٤، ٢٠٠٣م.

- ابن عبد السلام، عز الدين(٦٦٠هـ)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، ، تحقيق، طه عبد الرؤوف سعد، مكتب الكليات الأزهرية، القاهرة.

- العلائي، خليل بن كيكلدي(هـ)، **المجموع المذهب في قواعد المذهب**، تحقيق، مجيد علي العبيدي وأحمد خضير عباس، المكتبة المكية ودار عمار، ١٤٢٥هـ

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

- عليش، محمَّد بن أحمد، **فتح العلي المالك**؛ دار المعرفة.

- ــــــــــــــ، **منح الجليل شرح مختصر خليل**؛ دار الفكر.

- القاسمي، القاضي مجاهد الإسلام (ط١؛ ٢٠٠٣)، **بحوثٌ فقهيَّةٌ من الهنْد**؛ دار الكتُب العلمية، بيروت.

- ابن قدامة، موفَّق الدين المقدسي(ت٦٣٠هـ)، **المغني شرح مختصر الخرقي**؛ دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس(ت٦٨٤هـ)، **الذخيرة**، تحقيق، سعيد أعراب وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

- القليوبي، أحمد سلامة وعميرة؛ أحمد البراسي، **حاشيتا قليوبي وعميرة**؛ دار إحياء الكتب العربيّة، بيروت.

- القليوبي، سميحة(١٩٦٨)، **الموجز في الملكية الصناعية والتجارية**، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ط١.

- الكاساني، أبوبكر مسعود بن أحمد، **بدائعُ الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.

- كنعان، نواف(٢٠٠٤)، **حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته**، دار الثقافة، عمَّان، ط١.

- لطفي، خاطر(١٩٨٨)، **قانونا حماية حق المؤلف والرقابة على المصنفات**، ط١.

- ابن ماجه، محمد بن يزيد (ت٢٧٥هـ)، **السنن**، اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، (دت).

- مالك، ابن أنس (ت١٧٩هـ)، **الموطأ برواية يحي بن يحي الليثي** ، اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب(ت٤٥٠هـ)، **الحاوي الكبير**، تحقيق، علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

- المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية(١٣٩٠هـ)، **موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي**، القاهرة.

- مجمع الفقه الإسلامي، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي.**

- المرداوي، علي بن سليمان، **الإنصاف**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- ابن مفلح، محمَّد بن محمد المقدسي، **الفروع**؛ دار عالم الكتب، بيروت.
- المنشاوي، عبد الحميد(٢٠٠٢)، **حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية**؛ دار الفكر الجامعي.

- منصور، محمد حسين، **نظرية الحق**، رمضان وأولاده للطباعة والتجليد.

- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي (ت٧١١هـ)، **لسان العرب المحيط** ، دار الصادر ، بيروت، ط٢ ،١٤١٢هـ.

- الموَّاق، محمد بن يوسف، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، بيروت

- منلا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي، **مرآة الأصول في شرح مرقاة الأصول في أصول الفقه**، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ٢٠٠٢

- الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف(١٩٨٣)، **الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية**، دار الفرقان، عمَّان، ط١.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم(ت٩٧٠هـ)، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، دار الفكر.
- ـــــــــــــ ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**؛ دار الكتاب الإسلامي.
- النسائي، أحمد بن شعيب (ت٣٠٣هـ)، **السنن "المجتبى"**، اعتنى به عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت.
- النَّسَفي، عمر بن محمد، **طلبة الطلبة**؛ المطبعة العامريّة مكتبة المثنى بغداد.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

- النووي ، يحيى بن شرف(ت٦٧٦هـ)، **روضة الطالبين**، المكتب الإسلامي، بيروت.

- ابن الهمام، كمال الدين بن عبد الواحد، **فتح القدير**؛ دار الفكر .

- الهيثمي، علي بن أبي بكر (ت٨٠٦هـ)، **زوائد الحارث بن أبي أسامة**، تحقيق، حسين الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، المدينة، ط١، ١٩٩٢م.

- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، الكويت.

- الوزاني، أبو عيسى المهدي(ت ١٣٤٢هـ)، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، اعتنى به هاشم العلوي القاسمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية.

- ياسين، محمد نعيم(١٩٩٩م)، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، دار النفائس، عمّان.

-أبو يعلى، أحمد بن علي(ت٣٠٧هـ)، **المسند**، تحقيق، حسين أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ١٩٨٤م.

- يونس، علي حسن، **القانون التجاري**، دار الفكر العربي، القاهرة.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

The abstract dibs in the Islamic financial jurisprudence

BY

sami habili

SUPERVISOR

Dr. Aref Khalil Abu Aid

ABSTRACT

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

This study is about the abstract dibs in the islamic financial business trade to specify the concept of the abstract dib and it’s types, and to get aware of what relatives to it like waiver the dib, heritance and possession.

Also the researcher studied the issue of the finance of the abstract dibs, because it has it’s importance in selling them according to the Islamic doctrines –hanafi,shafii,hanbali-.

Furthermore, this study exposed to what the Islamic jurists demand in the abstract dibs to be possessed, then the studier compared with all known methods, finally he picked up the opinion with the strong evidence.

Then the studier ended his research with modern demonstrations of the abstract dibs according to what he concluded in the study.

